

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**Trabajo de Suficiencia Profesional para optar por el Título de Abogado**

**Informe sobre Expediente N° 183-2005-PJ**

**Autor:**

Daniel Santiago Loli Ausejo

**Código del alumno:**

20091002

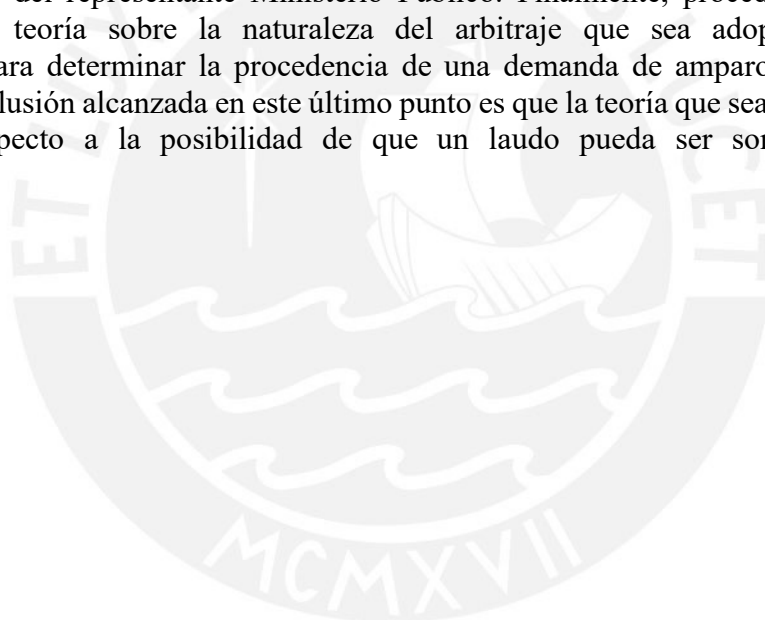
**Docente revisor:**

Héctor Fidel Rojas Rodríguez

**Lima, 2020**

## Resumen

En este trabajo examino diversas controversias suscitadas dentro un proceso constitucional de hábeas corpus promovido contra la formalización de denuncia penal ejercida por un Fiscal contra un árbitro por actos ejercidos durante el desempeño de su cargo. La relevancia jurídica apreciada en los diversos actuados del presente expediente – el cual culmina con una sentencia del Tribunal Constitucional – nos permite abordar un abanico de aspectos relacionados al Arbitraje, Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional. Al haber identificado cuatro problemas jurídicos, en primer lugar, analizo cuáles son los derechos del investigado que le asisten en la etapa prejurisdiccional y los mecanismos de tutela con los que cuenta frente a una eventual transgresión del Fiscal en dicha fase. Asimismo, abordo el caso en concreto para determinar si el hecho denunciado contra el árbitro era lícito o no, y si durante la investigación fiscal se afectó el debido proceso del investigado. En tercer lugar, planteo que en el presente caso no correspondía amparar la demanda de hábeas corpus, partiendo de una evaluación previa en cuanto a la posibilidad de procedencia de dicha garantía constitucional contra los actos del representante Ministerio Público. Finalmente, procedo a valorar si es trascendente la teoría sobre la naturaleza del arbitraje que sea adoptada en nuestro ordenamiento para determinar la procedencia de una demanda de amparo contra un laudo arbitral. La conclusión alcanzada en este último punto es que la teoría que sea recogida no tiene repercusión respecto a la posibilidad de que un laudo pueda ser sometido a control constitucional.





## ÍNDICE

<b>I.</b>	<b>INFORMACIÓN GENERAL DEL EXPEDIENTE.....</b>	<b>5</b>
1.	IDENTIFICACIÓN DE ÁREAS DEL DERECHO SOBRE LOS QUE VERSA EL EXPEDIENTE.....	5
2.	JUSTIFICACIÓN DE ELECCIÓN DEL EXPEDIENTE.....	5
<b>II.</b>	<b>HECHOS RELEVANTES Y SECUENCIA PROCESAL.....</b>	<b>6</b>
1.	RECUSACIÓN EN EL PROCESO ARBITRAL.....	6
2.	INVESTIGACIÓN FISCAL Y FORMALIZACIÓN DE DENUNCIA PENAL .....	9
3.	PROCESO CONSTITUCIONAL DE HÁBEAS CORPUS.....	10
3.1.	Demanda de hábeas corpus.....	10
3.1.1.	Hábeas corpus reparador.....	10
3.1.2.	Hábeas corpus preventivo.....	11
3.2.	Contestación de la demanda de hábeas corpus.....	12
3.3.	Descargos escritos del Fiscal demandado.....	12
3.4.	Sentencia de primera instancia.....	13
3.5.	Recursos impugnatorios interpuestos por el demandado y el Procurador .....	14
3.6.	Sentencia de segunda instancia.....	15
3.7.	Recurso de agravio constitucional.....	15
3.8.	Sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. 6167-2005-PHC/TC).....	16
3.8.1.	Sentencia decisoria.....	16
3.8.2.	Fundamento de voto del magistrado Magdiel Gonzáles Ojeda.....	20
<b>III.</b>	<b>IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS.....</b>	<b>21</b>
<b>IV.</b>	<b>ANÁLISIS JURÍDICO.....</b>	<b>21</b>
1.	¿CUÁLES SON LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS A LOS QUE SE ENCUENTRA SUJETO EL FISCAL DURANTE LA ETAPA PREJURISDICCIONAL Y CUÁLES SON LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN A LOS QUE PUEDE ACUDIR EL INVESTIGADO EN EL MARCO DE DICHA FASE FRENTE A SU EVENTUAL TRANSGRESIÓN?.....	21
1.1.	El Ministerio Público como titular de la acción penal.....	22
1.2.	Regulación de la investigación preliminar bajo el antiguo modelo procesal.....	22
1.3.	La actividad fiscal durante las diligencias preliminares en el nuevo modelo procesal .....	26
1.4.	Derechos y principios constitucionales en el marco de la etapa prejurisdiccional reconocidos por el Tribunal Constitucional.....	29
1.5.	Mecanismos de protección a disposición del sujeto investigado en el marco de la propia investigación fiscal inicial.....	32
1.5.1.	La tutela de derechos.....	32
1.5.2.	Tutela de inadmisión de diligencias sumariales.....	34
1.5.3.	Control de plazo.....	35
1.6.	Posición del bachiller .....	36
2.	¿ERA PROCEDENTE LA FORMALIZACIÓN DE DENUNCIA PENAL CONTRA FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY POR LA PRESUNTA COMISIÓN DE LOS DELITOS DE FALSEDAD GENÉRICA Y FRAUDE PROCESAL?.....	39
2.1.	El delito de falsedad genérica.....	39
2.2.	El delito de fraude procesal.....	40

2.3. Posición del bachiller.....	43
3. ¿DENTRO DEL PRESENTE PROCESO CONSTITUCIONAL CORRESPONDÍA AMPARAR LA DEMANDA DE HÁBEAS CORPUS FORMULADA A FAVOR DE FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY?.....	46
3.1. El proceso de hábeas corpus.....	47
3.2. El hábeas corpus clásico .....	53
3.3. El hábeas corpus preventivo .....	55
3.4. Posición del bachiller .....	56
4. ¿INCIDE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE PARA DETERMINAR SI LOS LAUDOS PUEDEN SER SOMETIDOS A CONTROL CONSTITUCIONAL MEDIANTE ACCIÓN DE AMPARO?.....	64
4.1. Breves apuntes del arbitraje.....	65
4.2. La naturaleza jurídica del arbitraje .....	68
4.2.1. La teoría contractual.....	68
4.2.2. La teoría jurisdiccional.....	68
4.2.3. La teoría mixta.....	70
4.2.4. La teoría autónoma.....	70
4.3. Cuestionamiento del laudo arbitral en la vía constitucional y supuestos excepcionales de procedencia de la acción de amparo.....	71
4.4. Posición del bachiller.....	74
<b>V. CONCLUSIONES.....</b>	<b>80</b>
<b>VI. ANEXOS .....</b>	<b>82</b>
<b>VII. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>84</b>

## **INFORME JURÍDICO SOBRE EXPEDIENTE ÚNICO: PROCESO CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE HÁBEAS CORPUS**

### **I. Información general del expediente**

#### **A. Identificación de áreas del Derecho sobre las que versa el expediente**

A criterio del bachiller, de la lectura del expediente se logra identificar la presencia de las siguientes áreas del Derecho:

- Derecho Penal
- Derecho Procesal Penal
- Derecho Procesal Constitucional
- Arbitraje

En estricto, las áreas preponderantes en el expediente son las de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional. En cuanto al primero, el expediente contiene actuados referidos a una investigación fiscal que concluye con la formalización de una denuncia penal por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal contra un árbitro por actos ejercidos en el ámbito de su competencia.

En atención a que el investigado cuestionó en sede constitucional la validez del acto procesal formulado por el Fiscal, el expediente culminó con una sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el marco de un proceso constitucional de hábeas corpus.

En esta sentencia es materia de análisis la actividad fiscal bajo el antiguo modelo procesal y los derechos que le asiste al investigado de un delito, con lo cual es evidente la gran relevancia del área de Derecho Procesal Penal para resolver el caso. Por otro lado, trasciende varias materias relacionadas al área de Derecho Procesal Constitucional, principalmente la referida a la procedencia de un hábeas corpus dirigida a cuestionar la formalización de una denuncia penal emitida por un Fiscal.

También aspectos relevantes como la naturaleza del arbitraje fueron abordados en el expediente, aunque ello fue examinado a fin de determinar la viabilidad de un proceso constitucional contra un laudo, lo cual refuerza la presencia e importancia del área de Derecho Procesal Constitucional.

#### **B. Justificación de elección del expediente**

A mi consideración, el presente expediente tiene especial relevancia jurídica debido a que supone analizar una importante sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, en el cual se abordan distintos aspectos jurídicos de observancia obligatoria hacia todos los operadores de justicia.

En primer lugar, en la referida sentencia se expone acerca del “proceso prejudicial penal” y de las garantías procesales a los que se encuentra sujeta la actividad fiscal por parte del representante del Ministerio Público durante dicha etapa. Al no encontrarse positivizadas dichas garantías en el antiguo modelo procesal, no quedaba claro cuáles son los derechos que le asisten al investigado, por lo que sin duda resulta provechosa los fundamentos del Tribunal Constitucional en este aspecto. Si bien cuando se resolvió este caso aún no resultaba aplicable el nuevo Código Procesal Penal, teniendo en consideración que nos encontramos en la etapa final de su implementación, aprovecharé este espacio para vincular algunos aspectos de este expediente con el nuevo modelo procesal penal.

Por otro lado, considerando que en este caso estamos ante una investigación fiscal que culminó con la formalización de denuncia penal por parte del representante del Ministerio Público por la supuesta

comisión de los delitos de falsedad genérica y fraude procesal, este aspecto resulta provechoso para que el suscrito pueda abordar la estructura típica de ambos delitos.

En materia procesal constitucional, en la sentencia del Tribunal Constitucional también se determina si es viable la procedencia de una demanda de habeas corpus frente a la formalización de una denuncia penal, supuestamente basada en una indebida investigación fiscal.

Finalmente, en dicha sentencia se define la naturaleza de la jurisdicción arbitral y se determina la posibilidad de cuestionar en sede constitucional un laudo. Esto me permitirá determinar si resulta importante o no determinar la naturaleza del arbitraje para cuestionar un laudo en sede constitucional, a la luz de otra sentencia del Tribunal Constitucional que constituye precedente vinculante.

En la medida que profesionalmente me dedico al área de Derecho Penal, el presente expediente resulta provechoso para mi desarrollo como profesional, en tanto se me permite abordar aspectos relevantes como el ejercicio de la actividad del Fiscal durante la etapa prejurisdiccional y las garantías procesales a los que se encuentra obligado a observar, así como la viabilidad de cuestionar la formalización de denuncia penal a través de un proceso constitucional de hábeas corpus.

Indicado lo anterior, ahora procederé a relatar los hechos relevantes del expediente, para lo cual he considerado los principales aspectos procesales y de fondo.

## **II. Hechos relevantes y secuencia procesal**

### **1. Recusación en el proceso arbitral**

1. El 11 de noviembre de 2002, los representantes de las empresas Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. (en adelante, “Algamarca”) y Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. (en adelante, “Sulliden”) suscribieron un contrato de transferencia de propiedades mineras<sup>1</sup> (en adelante, el “contrato”). Debido a controversias en la ejecución del contrato y teniendo en cuenta que en el mismo se incluyó un convenio arbitral, en el año 2004 se inició un proceso arbitral entre Algamarca y Sulliden.
2. No obstante, Algamarca se rehusó a designar a un árbitro integrante del Tribunal Arbitral que iba a resolver la referida controversia, toda vez que desconoció el contrato y, por lo tanto, el convenio arbitral inserto en el mismo.
3. Ante dicha negativa, de conformidad a lo acordado en el convenio arbitral, el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía (en adelante, “INDMPE”) tuvo que realizar dicho nombramiento en lugar de Algamarca, motivo por el cual se designó a Fernando Cantuarias Salaverry. Cabe señalar que el Sr. Enrique Lastres era directivo de INDMPE, quien, a su vez, era representante legal y Vicepresidente para asuntos legales y corporativos de Sulliden, razón por la cual dicha persona se abstuvo de formar parte en la designación del referido árbitro<sup>2</sup>.
4. Tras la instalación del Tribunal Arbitral, conformado por los árbitros Jorge Santistevan de Noriega, Víctor Ávila Cabrera y Fernando Cantuarias Salaverry, el 08 de noviembre de 2004, Algamarca formuló recusación contra Fernando Cantuarias, al considerar que omitió con informar sobre determinadas circunstancias que podrían originar serias dudas sobre su imparcialidad e independencia.

---

<sup>1</sup> Si bien en el expediente no obra el contrato, se hace referencia a dicho documento en la página 10 de la Resolución N° 75, de fecha 25 de noviembre de 2004, emitido por el Tribunal Arbitral.

<sup>2</sup> Ello se desprende de los puntos 6 y 8 de la Resolución N° 75 emitida por el Tribunal Arbitral.

5. En cuanto a la fundamentación de su recusación, Algamarca principalmente alegó que el representante legal de Sulliden<sup>3</sup> - contraparte del proceso arbitral – es Enrique Lastres, quien también es directivo del INDMPE, entidad encargada de la designación de Fernando Cantuarias como árbitro. Dicha situación implica su falta de idoneidad.

Asimismo, Enrique Lastres se desempeñó como Director de Compañía Minera Poderosa S.A. (en adelante, “Compañía Minera Poderosa”), empresa que contrató los servicios del Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados S.R.L. (en adelante, “Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich”) para que asuma su patrocinio en un proceso arbitral seguido contra Minero Pataz E.P.S (en adelante, “Minero Pataz”) en el año 1996. Dicha firma era de propiedad de Fernando Cantuarias Alfaro, siendo que uno de sus asociados (abogados) era su hijo Fernando Cantuarias Salaverry.

Agrega Algamarca que debido a que Enrique Lastres era Director de Compañía Minera Poderosa y que el árbitro recusado fue contratado para su defensa, prácticamente ejercieron una “codefensa” del caso, bajo una relación de dependencia entre ambos, situación que no fue informada por el Sr. Cantuarias. A esto particularmente debo precisar que Lastres también era accionista minoritario de Compañía Minera Poderosa; sin embargo, de la lectura de la recusación se aprecia que Algamarca solo invocó su condición de Director de dicha empresa para alegar la supuesta relación de dependencia.

6. El 09 de noviembre de 2004, Fernando Cantuarias efectuó sus descargos rechazando cualquier tipo de relación con Enrique Lastres que pudiera generar dudas objetivas en su desempeño como árbitro, sosteniendo principalmente lo siguiente:
- Es cierto que en el año 1996 intervino como abogado del Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich, asumiendo el patrocinio de Compañía Minera Poderosa en un proceso arbitral seguido contra la empresa Minero Pataz. No obstante, se trata de un proceso arbitral llevado a cabo hace ocho años entre empresas absolutamente ajenas a la controversia.
  - No es cierto que haya existido una “codefensa” del caso entre Enrique Lastres y él. Simplemente una empresa ajena a la controversia - Compañía Minera Poderosa - contrató a una firma de abogados para que la patrocine en un proceso arbitral en el año 1996, por lo cual - como abogado de dicha firma - se le asignó la prestación específica del servicio legal a favor de tal empresa.
  - No obstante, podría afirmarse que dado que Enrique Lastres era Director de Compañía Minera Poderosa, entonces podía decidir si continuaba la relación jurídica existente con la firma de abogados. Dicho supuesto también se debe rechazar, dado que esa decisión era de competencia exclusiva del Directorio o de la Gerencia General de la mencionada empresa.
  - Los supuestos vínculos alegados por la parte recusante se produjeron a principios de 1996, esto es, luego de ocho años. No ha mantenido ni mantiene relación alguna con el Sr. Enrique Lastres.
  - En el mes de junio de 1996 fue designado como Gerente Legal de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (en adelante, “COFOPRI”) y se mantuvo en dicha entidad pública hasta el mes de diciembre de 2000. Tras ello, en el mes de enero de 2001 fue designado como decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (en adelante, “UPC”), donde labora actualmente, mientras que de manera paralela ejerce como árbitro en decenas de procesos arbitrales.
  - La Ley General de Arbitraje solo exige informar aquella información que pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad de un árbitro. No se encontraba obligado a informar del

---

<sup>3</sup> Cabe señalar que durante el proceso arbitral, Algamarca únicamente hizo referencia a que el Sr. Lastres tenía la condición de representante legal. Recién mencionó que también era Vicepresidente para asuntos legales y corporativos de Sulliden en la denuncia penal.

proceso arbitral seguido entre Compañía Minera Poderosa y Minero Pataz del año 1996, porque se trata de un proceso arbitral antiguo y ninguna de las dos empresas es parte directa o indirecta de la controversia.

7. Frente a ello, mediante Resolución N° 75, de fecha 25 de noviembre de 2004, el Tribunal Arbitral declaró infundada la recusación del árbitro Fernando Cantuarias deducida por Algamarca, al considerar que no existen causas fundadas que impliquen una duda en su imparcialidad o independencia. En suma, para fundamentar su decisión, sostuvo lo siguiente:
  - Fernando Cantuarias solo tuvo una relación circunstancial con Enrique Lastres en una fecha lejana. En concordancia con ello, la participación del árbitro recusado fue muy limitada, teniendo en consideración que solo presentó dos escritos en el marco del proceso arbitral seguido por Compañía Minera Poderosa y Minero Pataz<sup>4</sup>
  - La alegada relación cliente-abogado entre Lastres y Cantuarias se limitó al periodo correspondiente comprendido entre el mes de marzo 1996 a junio de 1996, ocasión en la que dicho árbitro fue designado como Gerente Legal de COFOPRI y posteriormente como decano de la Facultad de Derecho de la UPC, sin tener relación alguna con Lastres en este último lapso temporal.
  - En cuanto al nombramiento de Fernando Cantuarias por parte del INDMPE, el Tribunal Arbitral indicó que se trató de una decisión adoptada por varias personas, al ser un cuerpo colegiado el que decide el nombramiento de los árbitros frente a la rebeldía de una parte de un proceso arbitral.
  - La conducta de la parte recusante fue la que generó la alegada desventaja en la composición de dicho colegiado, puesto que, frente a su omisión de designar a un árbitro en el proceso, tuvo que intervenir un tercero – INDMPE – en el nombramiento previsto en la cláusula arbitral del contrato.
8. Ante ello, el 02 de diciembre de 2004, Algamarca interpuso recurso de nulidad que, en el fondo, cuestionaba la resolución con la que se desestimó la recusación<sup>5</sup>, afirmando que dicho pronunciamiento habría sido tomado en base a declaraciones falsas formuladas por parte de Fernando Cantuarias.
9. En síntesis, para fundamentar la nulidad, Algamarca sostuvo que Fernando Cantuarias en realidad es accionista minoritario del Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados desde el 18 de diciembre de 1993 y que en diciembre de 1998 incrementó su participación social (concretamente habría incrementado su participación del 6.666% al 15%<sup>6</sup>). En tal sentido, alegó que el árbitro recusado es miembro activo de una sociedad que mantiene relaciones permanentes de patrocinio legal con Compañía Minera Poderosa, cuyo Directorio estaba integrado por el representante legal de la parte demandante (Sulliden) hasta el año 2001.
10. En dicho escenario, el 09 de diciembre de 2004, Fernando Cantuarias presentó sus descargos escritos frente a la nulidad, confirmando que es accionista minoritario de la referida firma legal y que en diciembre de 1998 incrementó su participación accionaria. Sin embargo, tal como lo sostuvo en sus descargos iniciales, él dejó de trabajar en dicho lugar en 1996 y desde ese momento no ha tenido relación

<sup>4</sup> Al respecto, mediante escrito del 05 de marzo de 1996 solicitó la prórroga del plazo para la contestación de la demanda, mientras que a través del escrito de 12 de marzo de 1996 impugnó la competencia del Tribunal Arbitral.

<sup>5</sup> En estricto, la nulidad planteada cuestionó la resolución del Tribunal Arbitral que desestimó el recurso de reposición previamente interpuesto por Algamarca. Al respecto, de manera previa a la nulidad, Algamarca presentó un recurso de reposición contra la Resolución N° 75, alegando que no se habría resuelto el fundamento central de la recusación, referido a que Fernando Cantuarias no cumplió con informar que fue abogado de Compañía Minera Poderosa S.A. Frente a ello, el Tribunal Arbitral desestimó el recurso de reposición deducido por Algamarca, al sostener que en la resolución cuestionada sí se pronunció sobre tal extremo.

<sup>6</sup> Cabe señalar que en los descargos escritos presentados por el abogado de Cantuarias en la investigación fiscal (página 8), se señala que al 28 de agosto de 2003 este tenía solo 0.01% de participación, tal como se desprende de la Junta de accionistas del Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados. No obstante, en dicho escrito no presenta algún documento que corrobore ello.

con ninguno de los clientes del señalado Estudio Jurídico (entre ellos Compañía Minera Poderosa), siendo ilógico afirmar que Enrique Lastres haya sido su supervisor o que hayan litigado conjuntamente.

Asimismo, advierte que Enrique Lastres fue Director de Compañía Minera Poderosa hasta el año 2001, por lo que refiere que no es posible sostener que tenga dependencia o un interés de favorecer al Sr. Lastres. Finalmente, a fin de evitar los continuos cuestionamientos y ofensas por parte de Algamarca, Fernando Cantuarias presentó su renuncia en calidad de árbitro.

11. Frente a lo expuesto, mediante Resolución N° 97, de fecha 30 de diciembre de 2004, el Tribunal Arbitral declaró improcedente la nulidad y la renuncia, sosteniendo básicamente lo siguiente:

- Es de libre acceso la información contenida en Registros Públicos relativa a la participación minoritaria como accionista de Fernando Cantuarias en el Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados S.R.L. En otras palabras, ello no era un hecho oculto.
- La condición de accionista minoritario no implica que el árbitro recusado tenga algún vínculo laboral o relación de dependencia con la mencionada firma legal.
- Enrique Lastres fue Director de Compañía Minera Poderosa hasta el año 2001, razón por la cual resulta evidente que actualmente no puede influir en la contratación de los servicios de la firma legal. En tal línea, se descarta la tesis de Algamarca: no es posible afirmar que existan dudas sobre la imparcialidad del árbitro Fernando Cantuarias, teniendo en consideración que dicha firma de abogados no tiene vinculación alguna con Enrique Lastres, representante legal de Sulliden.
- Incluso en el supuesto de que el representante legal de Sulliden siguiera siendo Director de Compañía Minera Poderosa, sería necesario probar que podría influir en la contratación de la mencionada firma de abogados.

12. Por último, el Tribunal Arbitral rechazó la renuncia de Fernando Cantuarias, dado que el apartamiento de un árbitro a través de una recusación o renuncia solo está limitado a las causales previstas en la Ley General de Arbitraje, por lo que cualquier otra modalidad sobre el retiro del árbitro solo puede efectivizarse si ambas partes lo admiten.

## **2. Investigación fiscal y formalización de denuncia penal**

1. El 27 de enero de 2005, Algamarca interpuso denuncia penal contra Fernando Cantuarias por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal. Básicamente alegó que cuando el árbitro realizó sus descargos en el proceso arbitral, lo que sostuvo no fue acorde a la verdad en cuanto a la relación con el Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich, provocando que el Tribunal Arbitral emita la Resolución N° 75, mediante se desestimó la recusación. Esto es, Algamarca básicamente repitió los argumentos contenidos en su recurso de nulidad del proceso arbitral.
2. El conocimiento de la denuncia penal fue asignado a la Trigésimo Octava (38°) Fiscalía Provincial Penal de Lima, a cargo del Fiscal Silvio Crespo Holguín.
3. Durante el desarrollo de la investigación fiscal existieron algunos requerimientos formulados por la defensa de Fernando Cantuarias y rechazados tácitamente por el Fiscal, referidas a la realización de un informe oral, la declaración del denunciado y la solicitud de actos de investigación, tal como se detallará en el siguiente acápite.
4. Tras la culminación de la investigación fiscal, el 10 de mayo de 2005, el Fiscal formalizó denuncia penal contra Fernando Cantuarias Salaverry por la comisión de los delitos de falsedad genérica y fraude procesal, en agravio de Algamarca y el Estado. La formalización de denuncia penal – la cual acogió los principales fundamentos de la denuncia – se sustenta en la siguiente tesis fiscal:

- En realidad, Fernando Cantuarias es socio del Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich e incluso incrementó su participación social mediante un aporte de capital en 1998, por lo cual resulta falso que se haya alejado de la firma legal de su padre desde el año 1996.
- El denunciado sí tiene una relación con Enrique Lastres, pues este es directivo de Compañía Minera Poderosa, la misma que contrató los servicios del Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich. Por tanto, al haber sido abogado de dicha firma jurídica, Fernando Cantuarias ejerció la “codefensa” de Compañía Minera Poderosa en un proceso arbitral anterior.
- La relación con Enrique Lastres es importante, pues él es Vicepresidente de Sulliden, contraparte del proceso arbitral en la que Algamarca planteó la recusación contra el denunciado. Asimismo, Enrique Lastres forma parte del INDMPE, el cual designó a Fernando Cantuarias como árbitro.
- El denunciado omitió comunicar los vínculos mencionados y, además, proporcionó datos falsos a las partes y demás miembros del Tribunal Arbitral, razón por la cual indujo en error a dicho órgano colegiado, a fin de obtener una resolución contraria a ley y a su favor que vendría a ser la resolución mediante la cual el Tribunal Arbitral declaró infundada la recusación planteada por Algamarca.

5. El 26 de mayo de 2005, el Sexto Juzgado Penal de Lima abrió instrucción contra Fernando Cantuarias por los delitos denunciados y, a su vez, dictó medida de comparecencia restringida en su contra. Es necesario precisar que este pronunciamiento fue posterior a la demanda de hábeas corpus y previo a la sentencia de primera instancia del proceso constitucional que a continuación pasará a detallar.

### **3. Proceso constitucional de hábeas corpus**

#### **3.1. Demanda de hábeas corpus**

1. Frente a la formalización de la denuncia penal, el 19 de mayo de 2005, se interpuso demanda de hábeas corpus a favor de Fernando Cantuarias Salaverry<sup>7</sup> (en adelante, “el demandante”) en contra de Silvio Máximo Crespo Holguín, Fiscal de la Trigésimo Octava (38°) Fiscalía Provincial Penal de Lima (en adelante, el “demandado”). Cabe reiterar que esta demanda se interpuso de manera previa a la emisión del auto de instrucción previamente señalado.
2. Dentro del petitorio, el demandante solicitó que se declare la insubsistencia de la formalización de la denuncia penal y, en consecuencia, se ordene al Juez competente que disponga su devolución a la Trigésimo Octava (38°) Fiscalía Provincial Penal de Lima. En concordancia con ello, el demandante requirió que en la sentencia se ordene que el Fiscal demandado remita los actuados a la Fiscalía Decana correspondiente, a fin de que esta última disponga que la denuncia sea calificada por otro Fiscal.
3. El demandante planteó la demanda bajo las modalidades referidas al hábeas corpus reparador y al hábeas corpus preventivo, tal como se resumirá a continuación.

##### **3.1.1. Hábeas corpus reparador**

4. El demandante sostuvo que la modalidad del hábeas corpus reparador se fundamenta en la necesidad de superar las graves violaciones, por acción y omisión, realizadas por el Fiscal demandado, en el marco de la investigación preliminar, afectando el derecho a la tutela procesal efectiva, el debido proceso, el derecho a la defensa y el derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho (Punto 23).

---

<sup>7</sup> En estricto, el señor Renee Quispe Silva fue quien interpuso la demanda a favor de Fernando Cantuarias, por lo que procesalmente es el auténtico demandante. No obstante, para menor confusión y teniendo en cuenta que dentro del proceso constitucional existen escritos firmados únicamente por el afectado, en el presente informe nos referiremos al señor Fernando Cantuarias como el demandante.



5. En la investigación fiscal no se habrían actuado las pruebas suficientes y necesarias que justifiquen el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, tal como exige el artículo 94 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Punto 24).
6. En relación a esto último, la defensa del demandante solicitó la actuación de algunos actos de investigación, pedido que fue omitido por parte del Fiscal demandado. De tal modo, se cuestiona que no se hayan realizado las siguientes diligencias (Puntos 25 a 29):
  - Cursar citaciones a Jorge Santistevan de Noriega, Víctor Ávila Cabrera (miembros del Tribunal Arbitral) y Mayte Remy Castagnola (secretaria arbitral), a fin de que indiquen si durante el proceso arbitral advirtieron alguna parcialidad por parte de Fernando Cantuarias y señalen cuáles eran los argumentos que sustentaron la desestimación de la recusación.
  - Oficiar al Tribunal Arbitral, a fin de requerir copias certificadas de los escritos presentados y resoluciones en mérito a la recusación formulada en contra de Fernando Cantuarias, a fin de determinar si existió alguna conducta irregular.
  - Oficiar a la empresa Compañía Minera Poderosa, con la finalidad de que remita su estatuto y, de tal modo, determinar si un Director puede decidir o no la contratación de un abogado externo.
7. Sobre este último punto me corresponde precisar que durante la investigación, por requerimiento de la parte denunciante (no del denunciado), sí se citó a los otros dos miembros del Tribunal Arbitral, aunque no acudieron a la primera citación porque pidieron la reprogramación de tales diligencias, pedido que fue rechazado tácitamente por el Fiscal demandado. Posteriormente la defensa de Fernando Cantuarias pidió que se les cite a ambos, pero dicho pedido fue omitido por parte del Ministerio Público.
8. Además de lo anterior, se alega que dentro de la formalización de la denuncia penal no se realizó una subsunción típica en cuanto a los delitos denunciados, esto es, el Fiscal demandado no justificó las razones para considerar que los hechos materia de denuncia suponen la configuración de los tipos penales de fraude procesal y falsedad genérica (Punto 33).
9. Por último, el demandante alegó una afectación al derecho a la defensa, debido a que el Fiscal demandado no recabó su declaración durante la investigación fiscal, por lo cual no ha tenido la oportunidad de brindar sus descargos frente a la denuncia penal (Puntos 35 a 39)<sup>8</sup>.
10. En atención a lo anterior, el demandante señaló que se ha vulnerado los derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva y al debido proceso, razón por la que los efectos producidos por la formalización de la denuncia penal deben cesar (Punto 40).

### **3.1.2. Hábeas corpus preventivo**

11. Por otro parte, respecto al hábeas corpus preventivo, el demandante indicó que dicha modalidad procede ante el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o personas que amenaza la libertad personal o los derechos fundamentales conexos (Punto 42).

---

<sup>8</sup> Al respecto, dentro de la investigación fiscal, el Fiscal demandado cursó un total de cuatro citaciones al investigado Fernando Cantuarias, bajo el siguiente detalle:

- a) Primera citación: Dirigida a un domicilio que no correspondía al domicilio real ni procesal del investigado. Además, no fue citado con 72 horas de anticipación, tal como lo exige la ley.
- b) Segunda citación: Fue notificada con posterioridad (07 de abril de 2005) a la fecha de la programación de la diligencia (06 de abril de 2005).
- c) Tercera citación: Notificada a una dirección que no era el domicilio real ni procesal de Fernando Cantuarias.
- d) Cuarta citación: Única citación válida. No obstante, a pesar de que su abogado solicitó la reprogramación de dicha diligencia, el Fiscal demandado no atendió dicho pedido (no hubo pronunciamiento).

12. De tal modo, se alegó la existencia de una amenaza a la libertad personal de Fernando Cantuarias frente a la posibilidad inminente de que se inicie un proceso penal en su contra, en base a una fraudulenta formalización de denuncia penal efectuado por el Fiscal demandando (Punto 43).
13. Se agrega que en el caso de que se instaure un proceso penal, se podrían dictar medidas cautelares que afecten la libertad (v.g.: detención, impedimento de salida, firmar el cuaderno de registro en el Juzgado mensualmente) o el patrimonio (v.g.: caución, embargo) del demandante (Punto 43).

### **3.2. Contestación de la demanda de hábeas corpus**

14. Mediante Resolución de fecha 16 de mayo de 2005, el Trigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima, admitió a trámite la acción de hábeas corpus, por lo que dispuso recabar la declaración de Fernando Cantuarias Salaverry, quien básicamente reiteró el contenido de la demanda<sup>9</sup>.
15. El 18 de mayo de 2005, el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio Público (en adelante, el “Procurador”) se apersonó al proceso y contestó la demanda, contradiciéndola en todos sus extremos, con la finalidad de que se declare improcedente o infundada la demanda.
16. En primer lugar, el Procurador señaló que el Fiscal demandado no realizó una investigación “a escondidas”, debido a que citó en cuatro oportunidades a Fernando Cantuarias, a efectos de que brinda su declaración indagatoria.
17. Por otra parte, agregó que el Fiscal - como titular de la acción penal - no se encuentra obligado a la actuación de todos los medios probatorios ofrecidos por las partes, dado que para la formalización de la denuncia penal basta verificar la existencia de suficientes elementos de convicción que denoten la presencia de un delito, como ha ocurrido en el presente caso. Sin perjuicio de ello, el Fiscal demandado sí pretendió realizar algunos actos de investigación solicitados por la defensa de Fernando Cantuarias, pues citó a los miembros del Tribunal Arbitral, aunque ninguno acudió a las diligencias programadas.
18. Asimismo, durante la investigación fiscal se garantizó el derecho a la defensa de Fernando Cantuarias, teniendo en cuenta que fue citado oportunamente para que brinde sus descargos y, además, se programó un informe oral tras un requerimiento previo de su defensa.
19. Indicó también que no existe sustento para la procedencia del hábeas corpus reparador, puesto que dicha modalidad es aplicable cuando se pretenda promover la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida, situación que no se verifica en el caso concreto.
20. Por último, el Procurador indicó que el caso tampoco se encuadra dentro del hábeas corpus preventivo, puesto que la amenaza a la libertad debe ser cierta e inminente, mas no subjetiva. Esto no ocurre, dado que ni siquiera existe un pronunciamiento del Juez penal, quien incluso podría desestimar la formalización de la denuncia penal formulada por el Fiscal demandado.

### **3.3. Descargos escritos del Fiscal demandado**

---

<sup>9</sup> Al respecto, si bien reconoció que hubo una citación válidamente notificada, su defensa pidió la reprogramación de dicha diligencia por motivos laborales, pedido que no fue atendido por el demandado. Asimismo, señaló que a pesar de que su defensa solicitó la actuación de una serie de actos de investigación, el Fiscal demandado omitió tal pedido.

Finalmente agrega que los hechos contenidos en la formalización de denuncia penal son los mismos que sustentaron la “segunda recusación” presentada por Algamarca durante el proceso arbitral. A pesar de que el Tribunal Arbitral desestimó dicha recusación, el Fiscal optó por accionar penalmente en su contra.

21. Mediante escrito del 18 de mayo de 2005, el Fiscal demandado formuló sus descargos escritos<sup>10</sup>, con la finalidad de que se desestime la demanda de hábeas corpus presentado por Fernando Cantuarias.
22. En primer lugar, refirió que algunas de las citaciones dirigidas al señor Fernando Cantuarias fueron notificadas a la sede del Tribunal Arbitral. Siendo ello así, se tomó en cuenta dicha dirección, debido a que se encontraba consignada dentro de la documentación de la denuncia penal interpuesta por Algamarca y, además, porque los hechos denunciados se relacionaban a la conducta del señor Fernando Cantuarias en su calidad de miembro del Tribunal Arbitral.
23. El demandado agregó que si bien el investigado no acudió a brindar su declaración indagatoria, el 06 de mayo de 2005, la defensa de Fernando Cantuarias presentó un escrito que contenían sus descargos, las cuales se tuvieron en consideración – conjuntamente con los demás actuados – al momento de emitir pronunciamiento.
24. Asimismo, a pesar de no ser una diligencia frecuente en el marco de una investigación fiscal, a pedido del abogado de Fernando Cantuarias, se programó un informe oral, al cual no asistió la parte solicitante.
25. Finalmente, el demandado indicó que en el supuesto que se ampare la demanda de hábeas corpus, se atentaría contra el mandato constitucional y la Ley Orgánica del Ministerio Público<sup>11</sup>, respecto a las atribuciones de titularidad del Fiscal.

#### **3.4. Sentencia de primera instancia**

26. El 07 de junio de 2015, el Trigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima emitió sentencia, declarando fundada la demanda constitucional de hábeas corpus, por lo que declaró insubsistente la formalización de la denuncia realizada por el Fiscal demandado y, en consecuencia, declaró nulas las actuaciones y resoluciones judiciales realizadas con posterioridad a la formalización de dicha denuncia.
27. Asimismo, dentro del fallo, dispuso que el Juez penal competente devuelva los actuados a la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima. En consecuencia, el Fiscal demandado deberá remitir tales actuados a la oficina correspondiente, a efectos de que se distribuya la carpeta fiscal a otro despacho fiscal, el cual deberá emitir pronunciamiento.
28. Entre los principales fundamentos de la sentencia, el Juzgado señaló lo siguiente:
  - a) La propuesta formal de someter a un individuo a un proceso penal – traducida en la formalización de denuncia penal - implica la existencia de la posibilidad de que se dispongan medidas coercitivas en su contra, por lo cual es necesario reconocer ciertas garantías de primer orden hacia tal persona.
  - b) En la investigación fiscal es necesario que se garantice el derecho al debido proceso. Deberá verificarse que no haya sometimientos irregulares al proceso, recabándose tanto las pruebas de cargo como de descargo, que permita construir la pretensión persecutoria del Ministerio Público.

---

<sup>10</sup> Vale mencionar que el 17 de mayo de 2005 se recabó la declaración del demandado, quien básicamente indicó que Cantuarias sí fue válidamente notificado y que la defensa no acudió a un informe oral, a pesar de que tal diligencia fue programada por un pedido de ellos. Asimismo, después de las citaciones cursadas, el 06 de mayo de 2005 la defensa de Fernando Cantuarias presentó un escrito con sus descargos, con lo cual se infiere que había una negativa de su parte para declarar y, además, que tenía la intención de dilatar la duración de la investigación. Por último, señala que se encontraba en la obligación de emitir pronunciamiento, con los actuados que obraban en la carpeta fiscal, optando por formalización denuncia penal, tras analizar los documentos aportados por Algamarca.

<sup>11</sup> Específicamente los numerales 1), 4) y 5) del artículo 159 de la Constitución Política y el numeral 2) del artículo 94° de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

- c) La investigación preliminar supone el respeto de los derechos del investigado. La facultad discrecional de formalizar denuncia penal – que constituye una restricción al derecho fundamental a la libertad - por parte del Fiscal, no es una potestad ilimitada del Estado
- d) De las cuatro citaciones cursadas a Fernando Cantuarias, solo una fue válidamente notificada. Si bien su defensa solicitó la reprogramación de tal declaración, el Fiscal demandado procedió a formalizar denuncia penal, sin atender el referido pedido.
- e) A pesar de que aún no se había recabado la declaración del denunciado y que tampoco se habían acopiado todos los medios probatorios pertinentes, el Fiscal demandado señaló fecha para la realización de un informe oral, desnaturalizando el propósito de dicha diligencia, consistente en la exposición final en base a los actuados.
- f) El Fiscal demandado no atendió el escrito de la defensa de Fernando Cantuarias mediante el cual solicitó la actuación de algunos medios probatorios.
- g) No se ha realizado una adecuada organización de la investigación preliminar orientada a un fin determinado. Incluso, el demandado nunca emitió una disposición fiscal de apertura de la investigación mediante la cual se disponga la realización de diligencias.
- h) La parte denunciante fue notificada válidamente hasta en tres oportunidades para que ratifique la denuncia penal interpuesta. Por el contrario, Fernando Cantuarias – en calidad de investigado – solo fue válidamente notificado una sola vez para que brinde sus descargos, por lo cual existió una afectación al derecho a la igualdad de armas.
- i) Se ha verificado una afectación al debido proceso durante la investigación preliminar, en razón de que: (i) no se recabó la declaración indagatoria de Fernando Cantuarias; (ii) no se programó oportunamente una fecha para la realización del informe oral; (iii) existió una falta del pronunciamiento del Fiscal demandado frente al pedido de realización de actos de investigación por parte de la defensa del investigado.

### 3.5. Recursos impugnatorios interpuestos por el demandado y el Procurador

- 29. El 10 de junio de 2005 el Fiscal demandado interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, a fin de que revoque la misma y, reformándola, se declare improcedente la demanda. Para sustentar su pedido, principalmente alegó que no existió una afectación al debido proceso, sosteniendo que la conducta de Fernando Cantuarias estuvo dirigida a obstruir el desarrollo de la investigación fiscal, como la negación de su parte a rendir su declaración indagatoria.
- 30. Por otro lado, reiteró que la formalización de denuncia penal no constituye un acto ilegítimo, siendo además que el Sexto Juzgado Penal especializado en lo penal de Lima dispuso el auto de apertura de instrucción en contra de Fernando Cantuarias - frente a la formalización de la denuncia penal –, en cuya fundamentación se indicó que “ (...) *el procesado al efectuar su defensa en etapa preliminar ha contado con todas las garantías necesarias para hacer valer su derecho a la defensa aportando las pruebas necesarias a fin de no quedar en estado de indefensión*”.
- 31. Por otra parte, el 13 de junio de 2005 el Procurador interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, a efectos de que se revoque la misma y se declare infundada la demanda de hábeas corpus. Dentro de su recurso impugnatorio, el recurrente señaló que Fernando Cantuarias fue notificado válidamente para que brinde su declaración y que, a pesar de ello, no concurrió a la señalada diligencia.
- 32. Asimismo, el Procurador alegó que, tras un requerimiento de la defensa del investigado, el Fiscal demandado programó fecha para la realización de un informe oral, respecto del cual el solicitante no

concurrió oportunamente. Finalmente, indicó que el Fiscal es titular de la acción penal y, como tal, tiene la facultad de reunir las pruebas que estime suficientes para emitir pronunciamiento.

### **3.6. Sentencia de segunda instancia**

33. Tras la concesión de los medios impugnatorios y la elevación de los actuados, con fecha 19 de julio de 2005 la Cuarta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió sentencia, mediante la cual se revocó la sentencia del 07 de junio de 2015 y, reformándola, declaró infundada la demanda constitucional de hábeas corpus promovida contra el Fiscal demandado.
34. Los principales fundamentos para desestimar la demanda de hábeas corpus fueron los siguientes:
  - No se han afectado los derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, debido a que desde el primer momento el Fiscal demandado dispuso la realización de diversas diligencias, entre ellas la declaración indagatoria del denunciado Fernando Cantuarias, quien fue notificado válidamente.
  - No se ha transgredido el derecho a la defensa, en tanto: **(i)** Fernando Cantuarias se apersonó a la investigación, **(ii)** su abogado solicitó la realización de un informe oral, pedido que fue aceptado por el demandado, y **(iii)** el investigado formuló sus descargos por escrito durante la investigación fiscal.
  - Al no existir regulación sobre un procedimiento especial en el que se discuta la vulneración del debido proceso durante la investigación fiscal y al haberse permitido la participación del investigado durante dicha etapa, la sentencia apelada debe ser revocada.
  - Por último, de los recaudos probatorios no se ha advertido una presunta amenaza a la libertad individual de Fernando Cantuarias.

### **3.7. Recurso de agravio constitucional**

35. Frente a la sentencia emitida por la Cuarta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, el 12 de agosto de 2005, Fernando Cantuarias interpuso recurso de agravio constitucional contra la misma. Como pretensión impugnatoria solicitó que se eleve el expediente al Tribunal Constitucional para que revoque la sentencia recurrida y, reformándola, declare fundada la demanda de hábeas corpus.
36. Para fundamentar su recurso impugnatorio, el demandante principalmente señaló que la Sala Penal incurrió en error al afirmar que el Fiscal demandado dispuso la realización de diversas diligencias, cuando en realidad no existió algún pronunciamiento mediante el que se disponga el inicio de la investigación para recopilar pruebas, ni precisó las diligencias materia de actuación.
37. Por otro lado, el recurrente indicó que la Sala no advirtió que fue notificado válidamente una sola vez – de un total de cuatro citaciones – para brindar su declaración indagatoria y que a pesar de que su defensa solicitó la reprogramación de dicha diligencia, tal pedido no fue atendido por el Ministerio Público. En concordancia con ello, reiteró que era fundamental que se recabe su declaración indagatoria, a fin de conocer los cargos formulados en su contra.
38. Asimismo, cuestiona que la Sala Superior no tomó en consideración que el Fiscal omitió su solicitud de actuación de pruebas, razón por la cual no se recabaron las declaraciones de Jorge Santistevan de Noriega, Víctor Ávila Cabrera (miembros del Tribunal Arbitral) y Mayte Remy Castagnola (secretaria arbitral), entre otros actos de investigación.
39. Mediante Resolución del 15 de agosto de 2005, la Cuarta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima concedió el recurso de agravio constitucional interpuesto por Fernando Salaverry y ordenó que se eleve el proceso constitucional de hábeas corpus al Tribunal Constitucional.

### **3.8. Sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. 6167-2005-PHC/TC)**

#### **3.8.1. Sentencia decisoria**

40. El 28 de febrero de 2006, el Tribunal Constitucional emitió sentencia recaída en el Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, mediante la cual declaró improcedente la demanda de hábeas corpus y declaró determinados fundamentos jurídicos<sup>12</sup> en calidad de vinculantes para todos los operadores jurídicos, de conformidad al artículo VI del Título Preliminar del Código Constitucional.
41. Como cuestión previa al análisis del problema, atendiendo a que el cuestionamiento recae en una investigación fiscal que culminó con la formalización de la denuncia penal por actos vinculados al ejercicio de la función arbitral, el Tribunal Constitucional consideró necesario efectuar un análisis de los supuestos de excepción que habiliten la intervención de la jurisdicción ordinaria en un proceso arbitral. Ello con la finalidad de brindar doctrina jurisprudencial constitucional para posteriores casos, ya sea tanto a nivel de la justicia ordinaria como de la justicia constitucional especializada.
42. De tal modo, procederemos a mencionar los principales argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional bajo sus propios términos, los cuales sirvieron como sustento de la sentencia. La fundamentación jurídica se expuso bajo la siguiente estructura:

##### **(i) El marco constitucional de la jurisdicción arbitral**

###### **▪ Justificación de la institución**

- a) El arbitraje se presenta como un mecanismo orientado a la consecución de la verdad legal, pretendiendo despojarse de los trámites de la justicia tradicional. Se justifica por su carácter de proceso expedito y efectivo (FJ3).

###### **▪ Naturaleza y características de la jurisdicción arbitral**

- b) El principio de unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional implica que no es posible el establecimiento de alguna jurisdicción independiente, con excepción de la arbitral y la militar. En tal sentido, como regla general corresponde al Poder Judicial el avocamiento único y singular de los distintos tipos de conflictos jurídicos (principio de unidad), prohibiéndose al legislador que atribuya la potestad jurisdiccional a otros órganos (principio de exclusividad). Ello al amparo del inciso 1) del artículo 139 de nuestra Constitución Política (FJ5).
- c) La función jurisdiccional debe entenderse como el fin primario del Estado, consistente en dirimir los conflictos interindividuales. Por tanto, tradicionalmente se ha reservado el término “jurisdicción” para designar la atribución que ejercen los órganos estatales encargados de impartir justicia y aplicar las disposiciones legales correspondientes (FJ6).
- d) No obstante, el inciso 1) del artículo 139 de la Constitución Política consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que implica que el justiciable tenga la posibilidad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, así como también ante una jurisdicción privada.

Los fueros especiales – arbitral, militar, y las comunidades campesinas y nativas - tienen reconocimiento constitucional y no suponen la vulneración del derecho a la igualdad, siempre y cuando dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido procesal y a la tutela judicial efectiva (FJ7).

---

<sup>12</sup> En específico, los fundamentos jurídicos N° 08, 11, 12, 13, 14, 17 y 18.

- e) El ejercicio de la jurisdicción requiere la concurrencia de cuatro requisitos: **(i)** conflicto entre las partes, **(ii)** interés social en la composición del conflicto, **(iii)** intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial, y **(iv)** aplicación de la ley o integración del derecho.

En sede arbitral es aplicable el artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en virtud del cual los jueces quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales, de conformidad a las resoluciones del Tribunal Constitucional, sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del Título Preliminar del mismo cuerpo normativo (FJ8).

- f) La jurisdicción arbitral se encuentra obligada a observar todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso (FJ9).
- g) La jurisdicción arbitral no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte del orden público constitucional. La facultad de los árbitros para resolver un conflicto no se basa en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto – previsto en el literal a) del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución -, sino que tiene su origen en el artículo 139 de la Carta Magna.

De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión: **(i)** subjetivo, ya que su fin es proteger los intereses de las partes y **(ii)** objetivo, por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución.

Siendo ello así, la jurisdicción arbitral no solo debe seguir lo dispuesto en la cláusula arbitral y la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, obligada a consagrar los derechos fundamentales. Todo ello denota una connotación iuspublicista de la jurisdicción arbitral (FJ11).

- h) El reconocimiento de la jurisdicción arbitral implica la aplicación de las prescripciones del artículo 139 de la Constitución. En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” – contemplado en el inciso 2) del mencionado artículo - que implica que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. En consecuencia, los tribunales arbitrales se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros – incluso autoridades administrativas y/o judiciales – destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en razón a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes (FJ12).
- i) En mérito del principio “*kompetenz-kompetenz*” se faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, garantizándose la competencia de los árbitros para conocer y resolver las cuestiones controvertidas que se promuevan durante un proceso arbitral.

Con ello, se evita que cualquiera de las partes que no desee someterse al pacto de arbitraje, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, a través de la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial. Esto no impide que se cuestione la actuación arbitral en el supuesto de una infracción de la tutela procesal efectiva (FJ13).

- j) El Tribunal reconoce la jurisdicción de arbitraje y su plena competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria.

El control judicial debe ser ejercido *ex post*, mediante los recursos de apelación y anulación de laudo previstos en la Ley General de Arbitraje. Por otra parte, el control constitucional será viable de conformidad a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional, por lo que no procederán los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas (F14).

▪ **Criterios para el control constitucional de las resoluciones arbitrales**

- k) La autonomía de voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales. En el caso del convenio arbitral, si bien tiene naturaleza contractual, también tiene naturaleza constitucional, encontrándose sujeta a los principios y deberes de la función jurisdiccional consagrados en el artículo 139° de la Constitución. La autonomía de la voluntad puede controlarse por razones de orden público constitucional (FJ17).
- l) El control jurisdiccional no queda excluido, sino que se desenvuelve *a posteriori* tras la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, los mismos que vinculan a los árbitros en atención a los artículos VI *in fine* y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente (FJ18).

▪ **Relaciones con la función jurisdiccional (inciso 1 del artículo 139° de la Constitución): supuesto constitucional de excepción y la apreciación de razonabilidad**

- m) Existe la posibilidad de cuestionar una resolución arbitral a través del proceso constitucional. Esta es la única opción constitucionalmente válida, teniendo en consideración de que bajo determinados supuestos procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto del Poder Judicial como de un Tribunal Militar. En tal sentido, no existe respaldo constitucional que impida al afectado recurrir al proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral (FJ23).

(ii) **Actividad fiscal previa al inicio del proceso penal**

▪ **Investigación y posterior acusación fiscal**

- n) El Fiscal tiene la atribución de abrir investigación policial para reunir las pruebas necesarias o, alternativamente, formalizar la denuncia ante el Juez penal. En el primer supuesto, el titular de la acción penal no cuenta con elementos suficientes que ameriten la formalización de la denuncia, por lo que procede a iniciar una investigación orientada a obtener elementos que sustenten su acusación ante un juez penal (FJ27).
- o) En cuanto a la actividad probatoria y el grado de convicción al que debe arribar el Fiscal en el transcurso de la investigación preliminar, no se requiere convicción plena, ni que las actuaciones estén completas, bastando que las investigaciones arrojen un resultado probabilístico razonable. Sin embargo, desde una perspectiva constitucional, resulta insuficiente valorar la actuación fiscal en sus propios términos legales, requiriéndose su respeto a los derechos fundamentales y al ordenamiento jurídico constitucional (FJ28).

▪ **Ausencia de normatividad en la materia. Principios y criterios aplicables**

- p) Después de la recepción de la denuncia o conocida la noticia criminal, la actividad del Fiscal se encuentra sujeta a diversos principios y garantías. En primer lugar, deberá respetar el principio de interdicción de la arbitrariedad, lo cual implica que el Fiscal se encuentre sometido a principios constitucionales que proscriben: (i) actividades caprichosas, vagas e infundadas; (ii) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de legitimidad; y (iii) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica (FJ 29-30).
- q) Por otro lado, en consagración del principio de legalidad, el Fiscal actúa como defensor de la legalidad y representante de la causa pública en el proceso penal. Ello implica que el Ministerio Público ejercite la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin soslayar que su labor se ejecuta en función a la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y la ley (FJ31).



- r) En concordancia con ello, el Colegiado recalca que el debido proceso se proyecta también a la etapa prejurisdiccional de los procesos penales, por lo que las garantías previstas en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional serán aplicables a la investigación fiscal (FJ32), siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines (FJ32).

▪ **Hábeas corpus reparador y procedimiento de investigación fiscal**

- s) El hábeas corpus reparador se promueve para obtener la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida. Así por ejemplo, se presenta cuando se produce la privación ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial, de un mandato judicial, de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúa en reclusión pese a haberse cumplido la pena, por sanciones disciplinarias privativas de libertad, entre otros (FJ34).
- t) La actividad del Fiscal está limitada por las atribuciones que le han sido conferidas a la autoridad judicial. La imposición de medidas coercitivas, restrictivas de libertad o derechos conexos, son atribuciones que la Constitución no le ha conferido al Ministerio Público, sino más bien al Poder Judicial, por lo que el procedimiento de investigación fiscal no incide de manera directa en una posible vulneración a algún derecho vinculado a la libertad individual de la persona (FJ36).

En dicha línea, las supuestas irregularidades llevadas a cabo por el Fiscal demandado no habilitan la interposición de un hábeas corpus correctivo (FJ37).

▪ **Hábeas corpus preventivo y procedimiento de investigación fiscal**

- u) Para la procedencia del hábeas corpus preventivo se debe comprobar: (i) la inminencia de que se produzca el acto vulnerador, es decir, que se configure un atentado a la libertad personal que esté por suceder o en vía de ejecución (no simples actos preparatorios); y (ii) que la amenaza a la libertad sea cierta, es decir, que exista un conocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad, dejando de lado conjeturas o presunciones (FJ39).
- v) Debido a que el Fiscal no tiene la facultad de dictar medidas restrictivas de la libertad o derechos conexos, en principio no se configuraría una amenaza cierta e inminente de algún derecho tutelable por el hábeas corpus. No obstante, si bien la formalización de la denuncia penal no vincula al Juez penal en cuanto a la procedencia del inicio de instrucción, se debe reconocer que dicho acto sí constituye un importante indicativo para el Juez, quien podría ser inducido a error sobre la base de una denuncia fiscal abiertamente arbitraria, orientada a conseguir que el presunto autor del hecho delictivo sea procesado (FJ40).

El Tribunal no considera que esta situación se haya configurado en el caso materia de controversia, toda vez que la denuncia formalizada ante el juez penal ha sido construida sobre la base de las investigaciones efectuadas por el fiscal y los documentos proporcionados por Algamarca. No obstante, surge un cuestionamiento en torno al hecho de que no se haya recabado la declaración indagatoria del investigado. Ello sería una observación válida siempre y cuando el procedimiento de investigación fiscal se hubiera llevado “a escondidas”; sin embargo, Fernando Cantuarias fue debidamente notificado – por lo menos una vez – respecto al procedimiento de investigación fiscal que se le seguía (FJ41).

En consecuencia, Fernando Cantuarias tuvo oportunidad de apersonarse al procedimiento de investigación fiscal y lo efectuó a través de su abogado, quien presentó escritos e incluso solicitó que se actuaran diversos medios probatorios. Respecto a esto último, si bien no se actuaron todos los medios probatorios solicitados, sí se atendió su pedido en un extremo, en tanto se citó oportunamente a dos miembros del Tribunal Arbitral, quienes no acudieron a la diligencia (FJ42).

Asimismo, el Fiscal demandado citó a informe oral ante el pedido previo de la defensa de Fernando Cantuarias. Si bien la defensa del demandante pidió la reprogramación de la misma, no resulta desproporcionado que ante las pruebas meritadas y las constantes solicitudes de reprogramación que venían siendo requeridas, el Fiscal haya dispuesto la formalización de la denuncia sobre la base de los elementos con los que contaba a dicha fecha (FJ43).

Por lo tanto, el Tribunal no considera que el recurrente se encuentre frente a una amenaza cierta e inminente de su derecho a la libertad individual o algún derecho conexo, puesto que no se ha producido la formalización de una denuncia manifiestamente arbitraria, orientada a inducir a error al juez penal (FJ44).

- w) Por otro lado, si bien a la fecha (de emisión de la sentencia) se ha verificado que frente a la formalización de denuncia penal, el Juez penal ha abierto instrucción en contra de Fernando Cantuarias, también es cierto que no se ha dictado mandato de detención en su contra y se ha motivado debidamente el mandato de comparecencia restringida que fue dictado en su lugar. Tal mandato de comparecencia no puede ser considerado como una amenaza, toda vez que es una medida dictada en el ejercicio legítimo de las atribuciones del Juez penal (FJ46).
- x) Teniendo en cuenta que no se han configurado los supuestos para la procedencia de hábeas corpus, sin advertir la existencia de alguna amenaza cierta e inminente a la libertad individual o derechos conexos, amparar la demanda del recurrente implicaría que el Tribunal se subrogue en las facultades que le han sido conferidas al Ministerio Público (FJ47).
- y) Sin perjuicio de la decisión adoptada, se deja a salvo el derecho del recurrente respecto de la posible injerencia que el proceso penal iniciado en su contra pueda suscitar de manera ilegítima en su labor como miembro del Tribunal Arbitral del proceso arbitral seguido entre Sulliden y Algamarca.

Ello en la medida de que se podría pretender trasladar indebidamente al ámbito penal controversias que tienen naturaleza civil o comercial y que han sido oportunamente sometidas al ámbito de la jurisdicción por las partes involucradas. En tal supuesto, el recurrente podrá hacer valer su derecho en la vía ordinaria correspondiente, que deberá seguir los criterios vinculantes de esta sentencia, a fin de no mermar la autonomía e independencia con la que cuenta la jurisdicción arbitral en el ejercicio legítimo de sus atribuciones (FJ49)<sup>13</sup>.

### 3.8.2. Fundamento de voto del magistrado Magdiel Gonzáles Ojeda

- 43. Si bien el magistrado Magdiel Gonzáles Ojeda estuvo de acuerdo con la decisión expresada en la sentencia, manifestó su discordancia en cuanto a algunos de los argumentos expresados. En síntesis, dicho magistrado señaló lo siguiente:
  - a) La “jurisdicción” es una potestad que originariamente le corresponde al pueblo como titular de la soberanía. En el Estado social y democrático de derecho no hay pluralidad de jurisdiccionales y su ejercicio solo está confiado a determinados órganos estatales. Mediante el ejercicio de la jurisdicción, se administra justicia.

---

<sup>13</sup> El 13 de marzo de 2006, Fernando Cantuarias solicitó la aclaración del fundamento jurídico 48 de la sentencia, alegando que una lectura literal del mismo es contrario a los criterios establecidos como vinculantes. Señaló que “la indebida (...) intervención del fuero penal en el arbitraje solo se daría en tanto y en cuanto se intentaran promover acciones penales respecto de pretensiones sometidas por las partes a arbitraje, y no cuando se hiciera lo mismo, pero respecto de las demás funciones que la Ley General de Arbitraje reconoce a los árbitros (...)”.

Mediante resolución del 30 de marzo de 2006, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la solicitud de aclaración, señalando que no existe una supuesta contradicción entre los fundamentos vinculantes de la sentencia y el fundamento jurídico 48, puesto que este tiene por finalidad dejar a salvo el derecho de Fernando Cantuarias para que lo haga valer en la vía ordinaria correspondiente.

La función jurisdiccional es la expresión de un poder estatal y no solo es una declaración, sino una clara delimitación de sus alcances en el ámbito constitucional. Asimismo, la jurisdicción estatal, por tratarse de un poder, es la única que ostenta la denominada *coertio*, es decir, una específica expresión del *ius imperium*, mediante la cual solo los jueces pueden realizar actos de ejecución, los cuales consisten en aquellos actos destinados al efectivo reconocimiento de un derecho.

En realidad, no hay ejercicio de jurisdicción privada o de “carácter eminentemente privado”. Si bien es cierto en la Constitución se ha garantizado formas e instituciones de composición de conflictos no estatales (arbitrajes y comunidades campesinas), dichos institutos no constituyen un ejercicio de la jurisdicción, en tanto: (i) la jurisdicción es única y es ejercida por los órganos estatales a nombre del pueblo; y (ii) el vocablo “jurisdicción” en la Constitución no tiene un significado unívoco, siendo que cuando se haga referencia al arbitraje, hay que interpretar dicho término como la garantía constitucional de un instituto (el arbitraje en sí mismo), de la que se garantiza y otorga validez a una forma compositiva de controversias de carácter no estatal. En tal sentido, la “jurisdicción arbitral” no debe ser entendida como una manifestación estatal del ejercicio de la potestad jurisdiccional.

En tal sentido, nuestra Constitución reconoce al arbitraje como un medio alternativo de solución de conflictos y su fundamento reposa en la voluntad de las partes, por medio de la cual estas optan por renunciar a la tutela que brinda el Estado – a través del Poder Judicial – y se someten a este mecanismo esencialmente privado.

Por otro lado, si bien es cierto el arbitraje resuelve el conflicto sometido a su conocimiento y declara el derecho (*litis*), ello no lo califica como función jurisdiccional, teniendo en cuenta que sus decisiones no son definitivas (cosa juzgada), ya que pueden ser recurridas ante el Poder Judicial con los medios impugnatorios previstos en la Ley de Arbitraje. Aunado a ello, los árbitros carecen de potestad coercitiva, dado que tienen que recurrir al Poder Judicial para hacer cumplir sus decisiones cuando las partes se resisten a cumplirlas (FJ2).

- b) No hay un derecho fundamental al arbitraje. El derecho fundamental de toda persona es la posibilidad de acudir libremente a la jurisdicción estatal o acceder a un tribunal de justicia. En cambio, el arbitraje es un instituto que ha quedado constitucionalmente garantizado, por lo que el legislador no puede disponer de este, a no ser que la suprima mediante una reforma constitucional, siendo que esto último no es admisible en el caso de los derechos fundamentales (FJ3).
- c) Es cierto que la realización del arbitraje debe sujetarse al respeto de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, puesto que no hay zona del ordenamiento jurídico en la que los poderes públicos o los particulares puedan actuar desconociendo la Constitución.

Sin embargo, cuando alguien acude a la vía del arbitraje está renunciando a una serie de derechos fundamentales de naturaleza procesal, como es el caso de los derechos del acceso a la justicia, al juez predeterminado por ley y pluralidad de instancia. En otros casos, si bien no existe una renuncia a un derecho, el contenido constitucionalmente protegido tiene un alcance menor, como el derecho al Juez imparcial, puesto que en un proceso arbitral cada una de las partes elige a un árbitro, y estos, a su vez, a un presidente del Tribunal Arbitral (FJ4).

### **III. Identificación de los principales problemas jurídicos**

Los principales problemas jurídicos identificados en el marco del presente expediente - formulados a través de interrogantes – son los siguientes:

- a. ¿Cuáles son los principios y derechos a los que se encuentra sujeto el Fiscal durante la etapa prejurisdiccional y cuáles son los mecanismos de protección a los que puede acudir el investigado en el marco de dicha fase frente a su eventual transgresión?

- b. ¿Era procedente la formalización de denuncia penal contra Fernando Cantuarias Salaverry por la presunta comisión de los delitos de falsedad genérica y fraude procesal?
- c. ¿Dentro del presente proceso constitucional correspondía amparar la demanda de hábeas corpus formulada a favor de Fernando Cantuarias Salaverry?
- d. ¿Incide la naturaleza del arbitraje para determinar si los laudos pueden ser sometidos a control constitucional mediante acción de amparo?

En el siguiente acápite procederé a abordar los cuatro (4) problemas jurídicos identificados y a brindar mi posición personal respecto a cada uno de ellos. Si bien en cada interrogante podremos encontrar más de un asunto de connotación jurídica, por fines estructurales, he procedido a agrupar aquellas cuestiones que se encuentran relacionadas en un solo problema jurídico.

Como cuestión previa, en cada uno desarrollaré los principales aspectos relevantes que tienen implicancia directa con el problema jurídico y, finalmente, procederé a brindar mi posición personal, sobre la base de los antecedentes y lo analizado en los puntos previos.

#### IV. Análisis jurídico

##### 1. **¿Cuáles son los principios y derechos a los que se encuentra sujeto el Fiscal durante la etapa prejurisdiccional y cuáles son los mecanismos de protección a los que puede acudir el investigado en el marco de dicha fase frente a su eventual transgresión?**

En primer lugar, en la sentencia del Tribunal Constitucional se enumeran una serie de derechos a los que se encuentra sujeto el Fiscal durante la investigación preliminar, previa a la instauración del proceso penal. Este aspecto me parece medular, en la medida de que no resulta extraño que los representantes del Ministerio Público desconozcan las garantías con las que cuenta el investigado en dicha fase, lo cual es más frecuente en el antiguo modelo procesal, por no encontrarse positivizado ello en algún cuerpo normativo.

Por otro lado, como se señaló en la sección de antecedentes procesales, uno de los argumentos esgrimidos por la Cuarta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima para rechazar el hábeas corpus consiste en la siguiente afirmación:

*“Noveno. (...) al no encontrarse regulado un procedimiento especial como para llegar a determinar que ha existido la vulneración del debido proceso, colegimos que en el presente caso, al existir participación del favorecido en la etapa prejudicial, tanto a través de su abogado defensor como directamente, la sentencia recurrida merece ser revocada (...).”*  
(Fundamento Noveno. Resaltado nuestro).

Sobre esto último, tal como señaló la Sala Penal, ¿es cierto que un investigado no cuenta con un “procedimiento especial” para determinar la vulneración del debido proceso durante la etapa prejurisdiccional?

Frente a dicha interrogante, en el presente apartado analizaré cuáles son las principales garantías (propias de un debido proceso) con las que cuenta un investigado durante la etapa prejurisdiccional y cuáles son los mecanismos de protección a los que podría acudir frente a su eventual vulneración.

Para ello, como cuestiones previas desarrollaremos breves rasgos sobre las facultades del Ministerio Público, así como la regulación de la etapa prejurisdiccional bajo el antiguo y nuevo modelo procesal penal. Después, detallaremos las garantías constitucionales reconocidas por el Tribunal Constitucional y los mecanismos de tutela a disposición del sujeto investigado en tal etapa. Solo después de determinar

ello, podremos expresar nuestra posición frente a lo resuelto durante el presente proceso constitucional de hábeas corpus.

### 1.1. El Ministerio Público como titular de la acción penal

En materia penal, el Ministerio Público es un órgano constitucional autónomo encargado de la promoción de la acción penal de la justicia en defensa de la legalidad y, por tanto, de la persecución del delito ante la autoridad judicial.

Al respecto, de acuerdo con el numeral 5) del artículo 159° de la Constitución Política<sup>14</sup> y el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 52<sup>15</sup> - Ley Orgánica del Ministerio Público -, dicho órgano es el titular de la acción penal frente a la comisión de un delito, la cual ejercita de oficio o a petición de parte.

La conducción de la investigación del delito y la carga de la prueba recae sobre el Ministerio Público, por lo que en el caso que dicho órgano haya identificado la comisión de un delito y al presunto responsable, deberá acreditar dicha imputación con los elementos recabados durante la investigación fiscal, con la finalidad de ejercer la acción penal ante el órgano jurisdiccional<sup>16</sup>.

Debido a que la titularidad del ejercicio de la acción penal es exclusiva de la Fiscalía, su ejercicio público se encuentra a cargo del Fiscal y ninguna otra autoridad podrá suplirla en dicho ámbito<sup>17</sup>.

### 1.2. Regulación de la investigación preliminar bajo el antiguo modelo procesal penal

En el antiguo modelo procesal no existe una regulación específica sobre la actividad fiscal durante la etapa prejurisdiccional, lo que ha ocasionado que en aquellas investigaciones regidas bajo el Código de Procedimientos Penales sea común la vulneración de los derechos del investigado durante su desarrollo.

Como bien apunta Cubas Villanueva, en esta etapa no existía regulación sobre la investigación preliminar, por lo que los Fiscales no sabían que facultades tenían para desarrollar su actividad. El antiguo Código de Procedimientos Penales no reguló la investigación preliminar del delito, siendo evidente la ausencia normativa sobre la materia<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> **Artículo 159.-** Corresponde al Ministerio Público:  
(...).

5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.  
(...).

<sup>15</sup> **Artículo 11.-** El Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular, si se trata de delito de comisión inmediata o de aquéllos contra los cuales la ley la concede expresamente.

<sup>16</sup> **Artículo 14.-** Sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejercite, así como en los casos de faltas disciplinarias que denuncie. Los jueces y demás funcionarios públicos, sin perjuicio de las atribuciones que al respecto les otorga la ley, citarán oportunamente, bajo responsabilidad, al Fiscal que actúe en el proceso de que conocen a sus diligencias fundamentales y a las de actuación de pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes u ordenadas de oficio. También será notificado dicho Fiscal con las resoluciones que se expidan en el proceso, bajo pena de nulidad.

<sup>17</sup> SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*. Primera edición. Lima: Idemsa, 2009, p. 71.

<sup>18</sup> Por tal motivo, se dictaron varias leyes sobre la regulación en dicha etapa, entre las que se encuentran: (i) Ley N° 27328 que establece beneficios por colaboración eficaz; (ii) Ley N° 27379 sobre medidas limitativas de derechos; (iii) Ley N° 27399 que faculta al Fiscal de la Nación a dirigir la investigación preliminar contra los funcionarios que gozan de la prerrogativa del antejuiicio; (iv) Ley N° 27697 sobre intervención y control de comunicaciones y documentos privados; (v) Ley N° 27934 que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*. Segunda edición. Lima: Palestra, 2016, pp. 203-204.

Sin perjuicio de ello, en numeral 2) del artículo 94 de la Ley Orgánica del Ministerio Público<sup>1920</sup> se recogen algunos lineamientos generales a seguir por parte del Fiscal Provincial durante la investigación preliminar, bajo el siguiente detalle:

- (i) Tras la denuncia de un hecho considerado como delictuoso, el Fiscal puede declararla improcedente de plano, con la debida motivación correspondiente.
- (ii) De manera alternativa, el Fiscal puede abrir investigación preliminar para reunir los actos de investigación indispensables o formalizar la denuncia ante el Juez penal.
- (iii) Al finalizar la investigación preliminar sin actos de investigación suficientes, el Fiscal lo declarará así, disponiendo el archivo de la denuncia.
- (iv) En el caso que se hayan reunido suficientes actos de investigación que estimase suficientes, procederá a formalizar la denuncia ante el Juez penal.
- (v) En la disposición de formalización de denuncia penal, el Fiscal expondrá los hechos, el delito presuntamente cometido, la pena con que se sanciona, los actos de investigación realizados y los que ofrece actuar o que espera conseguir y ofrecer oportunamente.

La investigación preliminar es una etapa prejurisdiccional del proceso penal que tiene como objeto realizar actos de investigación orientados a determinar si se cometió el hecho criminal denunciado e identificar a sus presuntos responsables. Dicha investigación puede ser llevada a cabo directamente por el Fiscal o, alternatively, ser delegada a la Policía Nacional, caso en el cual, la entidad policial se encuentra obligada a cumplir los mandatos de la Fiscalía, de conformidad a nuestra Constitución Política<sup>21</sup> y a la Ley Orgánica del Ministerio Público<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> **Artículo 94.-** Son obligaciones del Fiscal Provincial en lo Penal:  
(...).

2. Denunciado un hecho que se considere delictuoso por el agraviado o cualquiera del pueblo, en los casos de acción popular, se extenderá acta, que suscribirá el denunciante, si no lo hubiese hecho por escrito, para los efectos a que se refiere el artículo 11 de la presente Ley. Si el fiscal estima improcedente la denuncia la rechaza de plano en decisión debidamente motivada o, alternatively, apertura investigación preliminar para reunir los actos de investigación indispensables o formalizarla ante el juez penal. En este último caso, expondrá los hechos que tiene conocimiento, el delito que tipifican y la pena con que se sanciona, según ley; los actos de investigación con que cuenta y los que ofrece actuar o que espera conseguir y ofrecer oportunamente. Al finalizar la investigación preliminar sin actos de investigación suficientes, el fiscal lo declarará así, disponiendo el archivamiento de la denuncia; o cuando se hubiesen reunido los actos de investigación que estimase suficientes, procederá a formalizar la denuncia ante el juez penal. En caso de incumplir los plazos para la realización de los actos fiscales que correspondan, deberá remitir un informe a la Fiscalía Suprema de Control Interno, que sustente tal retraso, bajo responsabilidad disciplinaria.

<sup>20</sup> Cabe señalar que dicho precepto legal fue modificado mediante la Ley N° 29574, publicada el 17 de setiembre de 2010. En la nueva regulación básicamente se sustituyen los siguientes términos: (i) “actos de investigación” en lugar de “pruebas”; (ii) “Juez penal” en vez de “Juez instructor”; (iii) “investigación preliminar” por “investigación policial”. Asimismo, en la nueva regulación se faculta al Fiscal para que rechace de plano la denuncia – declarándola improcedente -, vía decisión debidamente motivada.

<sup>21</sup> **Artículo 159.-** Corresponde al Ministerio Público:  
(...).

4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.

<sup>22</sup> **Artículo 9.-** El Ministerio Público, conforme al inciso 5 del Artículo 250 de la Constitución Política, vigila e interviene en la investigación del delito desde la etapa policial. Con ese objeto las Fuerzas Policiales realizan la investigación. El Ministerio Público interviene en ella orientándola en cuanto a las pruebas que sean menester actuar y la supervigila para que se cumplan las disposiciones legales pertinentes para el ejercicio oportuno de la acción penal.

Igual función corresponde al Ministerio Público en las acciones policiales preventivas del delito.

En la legislación del antiguo modelo procesal no se estableció un plazo máximo de duración para la etapa de la investigación preliminar, conllevando a que cada Fiscal fije un plazo distinto – y ciertas veces desproporcionado – para cada investigación que se encontraba bajo su cargo.

Recién en el año 2015, mediante la publicación del Decreto Legislativo N° 1206<sup>23</sup>, se adelantó la vigencia del artículo 334 del Código Procesal Penal en todo el territorio peruano<sup>24</sup>, en cuyo tenor<sup>25</sup> se contempla que las diligencias preliminares tienen un plazo máximo de sesenta (60) días. Debido a que dicho precepto legal empezó a surtir efectos en todo el territorio, todo Fiscal debe sujetarse a dicho plazo máximo en el marco de una investigación preliminar regido bajo el antiguo modelo procesal.

Por otra parte, de conformidad al artículo 77-A del Código de Procedimientos Penales<sup>26</sup>, para formalizar denuncia penal y pretender que el Juez penal instaure un proceso penal, el Fiscal deberá observar que no se presenten cualquiera de los siguientes supuestos:

- El hecho no se realizó o no es posible atribuírsele al imputado.
- El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad.
- La acción penal se ha extinguido.
- No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay indicios mínimos que vinculen al imputado con el hecho delictivo.

El ejercicio de la acción penal del Fiscal, traducido en la formalización de la denuncia penal, tiene un control de legalidad durante la audiencia de presentación de cargos por parte del Juez penal instructor, por lo cual este último deberá evaluar si se cumplen con los presupuestos para iniciar un proceso penal a través de la emisión del auto de apertura de instrucción.

Al formalizar la denuncia penal, el Fiscal no agota la investigación, pues considera que las demás diligencias indispensables serán realizadas por el juez durante la etapa de instrucción<sup>27</sup>. En todo caso, si se inicia un proceso penal, el Juez instructor podrá disponer aquellos actos complementarios de investigación que considera necesarios para determinar la comisión del hecho delictivo.

En síntesis, en el caso que el Fiscal decida iniciar investigación preliminar tras la recepción de una noticia criminal, tendrá un plazo máximo de sesenta (60) días para realizar actos de investigación destinados a determinar – en cierto grado – si es que se cometió el delito e identificar a sus presuntos autores y/o partícipes. Si considera que deba instaurarse un proceso penal, tendrá que formalizar

---

<sup>23</sup> Decreto Legislativo que regula medidas para dotar de eficacia a los procesos penales tramitados bajo el Código de Procedimientos Penales de 1940 y el Decreto Legislativo N° 124. Publicado el 23 de setiembre de 2015.

<sup>24</sup> **Disposiciones complementarias finales**

(...).

**SEGUNDA.- Adelantamiento de la vigencia de artículos del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957**

Adelántase la vigencia de los artículos 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285 y 334 del Código Procesal Penal, probado por Decreto Legislativo N° 957, en todo el territorio peruano.

<sup>25</sup> **Artículo 334. Calificación**

(...).

2. El plazo de las diligencias preliminares, conforme al artículo 3, es de sesenta días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante ello, el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación.

<sup>26</sup> Dicho artículo fue incorporado mediante el Decreto Legislativo N° 1206, publicado el 23 de setiembre de 2015. En la anterior regulación – contenida en el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales – se establecía que el Juez sólo abrirá instrucción si considera que existen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe y que la acción penal no se ha extinguido.

<sup>27</sup> CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El proceso penal*. Sexta edición. Lima: Palestra, 2006, p. 178.

denuncia penal ante el Juez instructor, debiendo observar que no se presente algún supuesto de improcedencia.

Al tratarse de una regulación antigua y disgregada, existen ciertas interrogantes respecto a la actividad del Fiscal durante la investigación preliminar regida bajo el modelo procesal antiguo, generando que dicha etapa sea susceptible de una inadecuada conducción por parte del titular de la acción penal, en desmedro de los intereses del investigado. Dicha situación se ve agravada en la medida que no existe una positivización de los derechos a los que le asiste al investigado durante dicha fase, a diferencia de lo que ocurre en el nuevo modelo procesal, tal como se expondrá en el siguiente acápite.

En concordancia con lo anterior, la insuficiencia de regulación sobre la actividad fiscal en dicha etapa también ha implicado la ausencia de medios de control destinados a resguardar los derechos del sujeto sobre el que recae la investigación, tal como la tutela de derechos o la existencia de un Juez de garantías que intervenga frente a la vulneración de derechos.

En cambio, en el nuevo modelo procesal se otorgó mayor importancia a la preservación de los derechos del imputado en cuanto a su reconocimiento y protección, siendo ello acorde al modelo garantista propio del Código Procesal Penal del 2004.

### **1.3. La actividad fiscal durante las diligencias preliminares en el nuevo modelo procesal penal**

El nuevo modelo procesal penal se rige bajo el Código Procesal Penal del 2004, el cual recoge un sistema acusatorio que descansa en la separación de las funciones de investigar y decidir, diferenciándose del sistema inquisitivo, ya que en este último el Juez instruye y emite fallo en la mayoría de las causas penales (proceso penal sumario). Bajo este modelo novedoso, el Ministerio Público dirige la fase de investigación desde su inicio y prepara el escenario – de ser el caso – para la realización de un juicio oral frente a la acusación fiscal, mientras que al órgano jurisdiccional le corresponde controlar la investigación preparatoria, dictar las medidas de coerción procesal solicitadas por el Fiscal, controlar la eventual acusación y dirigir el juicio en el que tendrá que emitir el fallo correspondiente<sup>28</sup>.

Asimismo, este sistema se caracteriza por consagrar un proceso penal garantista, en el cual se reconocen expresamente los derechos y principios a favor del imputado, así como distintas vías en las que pueda hacerlas efectivas – mediante la intervención del Juez de investigación preparatoria - en el supuesto que el Fiscal incurra en alguna transgresión.

La etapa de investigación preparatoria es el conjunto de actuaciones, dirigidas por el Ministerio Público, tendientes a averiguar la realidad de un supuesto hecho delictivo, sus circunstancias y a su autor o partícipe, que fundamenten – de ser el caso – la posterior acusación que posibilite el enjuiciamiento en base a los actos de investigación realizados<sup>29</sup>.

De acuerdo a nuestra norma procesal, las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria y constituye una fase prejurisdiccional conducida por el Ministerio Público. Las mismas, tienen como objeto realizar aquellos actos urgentes e inaplazables de investigación destinados a: **(i)** determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su carácter delictuoso; **(ii)** asegurar los elementos materiales de su comisión; e, **(iii)** individualizar a las personas involucradas en su

<sup>28</sup> TALAVERA ELGUERA, Pablo. *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Grijley, 2004, ps. 5-6.

<sup>29</sup> SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Primera edición. Lima: INPECCP, CENALES, 2015, p. 302.



comisión<sup>30</sup>. Aunado a ello, la Corte Suprema de Justicia<sup>31</sup> ha precisado que dicha etapa también tiene como objeto determinar si se formaliza la investigación preparatoria, decisión que se realizará como resultado de las diligencias investigativas realizadas, dando término a esta fase prejurisdiccional.

Los actos urgentes e inaplazables se refieren al fin ulterior o finalidad mediata – de ser el caso – de formalizar investigación preparatoria, razón por la cual tales actos no deben ser relacionados estrictamente a un sentido temporal. Categorizar lo urgente y necesario únicamente a una connotación temporal (mínimo de tiempo), limitaría la actuación del Fiscal, afectando su rol indagatorio y el principio de derecho de seguridad jurídica<sup>32</sup>.

Además de lo señalado anteriormente, la intervención del Fiscal en el marco de la investigación se encuentra regulada en el Código Procesal Penal. Algunas de tales disposiciones son las siguientes:

- Cuando tenga conocimiento de la noticia criminal, el Fiscal realizará -si correspondiere- las primeras diligencias preliminares o, alternativamente, dispondrá que las realice la Policía Nacional. El Fiscal conduce desde su inicio la investigación del hecho criminal. (numeral 2 del art. 60, numeral 2 del art. 65 y numeral 1 del art. 330).
- El Fiscal decide la estrategia de cada investigación. Programa y coordina con quienes corresponda acerca del empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para la eficacia de la misma (numeral 4 del art. 65).
- El Fiscal formulará sus Disposiciones, Requerimientos y Conclusiones en forma motivada y específica, de manera que se basten a sí mismos, sin remitirse a las decisiones del juez (numeral 1 del art. 64).
- Dentro de la investigación se debe garantizar el derecho de defensa del imputado y sus demás derechos fundamentales, así como la regularidad de las diligencias correspondientes (numeral 4 del art. 65).
- La investigación tiene carácter reservado, lo cual implica que solo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados. El Fiscal puede ordenar que alguna actuación o documento se mantenga en secreto por determinado tiempo, cuando su conocimiento pueda dificultar el éxito de la investigación (numerales 1 y 2 del art. 324).

Por otra parte, a diferencia del antiguo modelo procesal, a lo largo del Código Procesal Penal se regula expresamente los derechos que le asisten al investigado durante la investigación fiscal – que puede ejercer por sí mismo o a través de su abogado defensor –, siendo principalmente los siguientes:

- Al derecho a la igualdad de armas (arts. I y IX del T.P.).
- A no ser perseguido, ni sancionado más de una vez por el mismo hecho (art. III del T.P.).

---

#### <sup>30</sup> **Artículo 330.- Diligencias preliminares**

Las Diligencias Preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente.

#### **Artículo 337.- Diligencias de la Investigación Preparatoria**

(...).

2. Las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria.

<sup>31</sup> Ver Fundamento 1.7. de la Ejecutoria Suprema recaída en la Casación N° 599-2018-LIMA, de fecha 11 de octubre de 2018, emitida por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>32</sup> Fundamento 1.8. de la Ejecutoria Suprema recaída en la Casación N° 599-2018-LIMA.

- Al derecho a la defensa. Al imputado se le debe conceder un plazo razonable para preparar su defensa y, asimismo, podrá ejercer su autodefensa material (art. IX del T.P.).
- A no ser obligado o inducido a autoincriminarse, ni incriminar a su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (art. IX del T.P.).
- Conocer los cargos formulados en su contra (art. IX del T.P.; inciso “a” del numeral 2 del art. 71).
- Ser asistido por su abogado desde un inicio (art. IX del T.P.; inciso “c” del numeral 2 del art. 71).
- Abstenerse de declarar. Si acepta hacerlo, su abogado defensor deberá estar presente en su declaración y podrá interrogarlo durante la misma (inciso “d” del numeral 2 del art. 71).
- Se encuentra proscrita la utilización de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad del imputado. Tampoco podrá ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción ilegal (inciso “e” del numeral 2 del art. 71).
- Interrogar a los demás procesados, testigos y peritos (numeral 2 del art. 84).
- Aportar, en plena igualdad, los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes (art. IX del T.P.; numeral 5 del art. 84).
- Recurrir a la asistencia de un experto en ciencia, técnica o arte, durante el desarrollo de una diligencia (numeral 3 del art. 84).
- Acceder a la carpeta fiscal y expediente judicial, así como obtener copia simple de las actuaciones (numeral 7 del art. 84).
- Expresarse con libertad en el curso de la defensa, oralmente y por escrito (numeral 9 del art. 84).
- Interponer cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones, recursos impugnatorios y los demás medios de defensa legales (numeral 10 del art. 84).
- A prestar su declaración y a ampliarla, en cualquier estado del proceso (art. 86).

Para iniciar diligencias preliminares, la Corte Suprema ha determinado que se requiere un nivel de “sospecha inicial simple”, para lo cual se debe verificar puntos de partida objetivos, es decir, un apoyo justificado por hechos concretos –solo con cierto nivel de delimitación– y basado en la experiencia criminalística, de que se ha cometido un hecho criminal que puede ser constitutivo de delito. En este caso se realiza un juicio de posibilidad, en tanto aún se indaga la posibilidad de comisión de un hecho delictivo sin un autor en concreto<sup>33</sup>.

Al igual que en el antiguo modelo procesal, el plazo ordinario de las diligencias preliminares es de sesenta (60) días, pudiéndose fijar un plazo distinto dependiendo de la complejidad del caso materia de investigación<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Fundamento Vigésimo Cuarto de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433, de fecha 11 de octubre de 2017.

<sup>34</sup> Como se indica en el artículo 334° del Código Procesal Penal, el plazo máximo de las diligencias preliminares es de 60 días, “salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante ello, el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación”.

Al respecto, en la Ejecutoria Suprema recaída en la Casación N° 599-2018-LIMA, de fecha 11 de octubre de 2018, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, se precisó que la duración de las diligencias preliminares no podrá ser mayor al plazo máximo de la investigación preparatoria, para lo cual se debe tener en

Si en el transcurso de las diligencias preliminares el Fiscal considera que existen indicios reveladores de la comisión del delito, se ha individualizado al imputado y la acción penal no ha prescrito, procederá a emitir la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria<sup>35</sup>, acto con el cual automáticamente inicia el proceso penal y culmina la etapa prejurisdiccional. Por el contrario, en el caso que no concurran los requisitos señalados, el Fiscal procederá a disponer el archivo de la investigación, decisión que es recurrible por parte del denunciante o agraviado<sup>36</sup>.

Como es evidente, a diferencia del antiguo modelo procesal penal - siendo ello concordante con la separación de funciones -, en principio, basta que el Fiscal comunique la formalización de la investigación preparatoria al Juez para la procedencia de un proceso penal, sin que sea necesario que se lleve a cabo una audiencia en la que se discuta ello (audiencia de presentación de cargos). Al tratarse de una Disposición y de un acto de especial relevancia, deberá estar motivado y contener todos los requisitos exigidos por ley.

Asimismo, como se ha indicado, en el nuevo modelo procesal se separan los roles de investigación y de decisión, estando el primero a cargo del Fiscal y el segundo a cargo del Juez. La eliminación de la confusión entre el poder investigador y el poder decisorio ha implicado la creación de un órgano imparcial dedicado al control de la labor del Ministerio Público y, además, a la resolución de los incidentes que eventualmente puedan plantearse en el curso de las diligencias preliminares<sup>37</sup>.

Bajo esta perspectiva, el Juez adquiere un rol protagónico durante la investigación, al supeditar la validez de los actos del Fiscal a la observancia de los derechos fundamentales del imputado, pudiendo adoptar decisiones en aras a restablecer las garantías que se afecten durante dicha etapa.

#### **1.4. Derechos y principios constitucionales en el marco de la etapa prejurisdiccional reconocidos por el Tribunal Constitucional**

Como se ha explicado, en el nuevo modelo procesal se cuenta con una mejor regulación respecto a los derechos y garantías del imputado durante las diligencias preliminares, los cuales, a su vez, son amparados a través de la intervención del juez de Investigación Preparatoria, en caso de su inobservancia por parte del titular de la acción penal.

No obstante, el legislador nunca remedió las carencias del antiguo modelo procesal en cuanto a dicho ámbito al no positivizar las reglas relativas a las garantías del investigado en el marco de la investigación preliminar. Esto ha motivado que en muchas oportunidades el Fiscal suela transgredir derechos esenciales del sujeto sobre el que recae la investigación, sin que este tenga la posibilidad de acudir ante un Juez de garantías que pueda atender dicha vulneración.

En tal escenario, el Tribunal Constitucional ha cumplido un rol importante al emitir distintos pronunciamientos mediante los cuales reconoce y regula expresamente las garantías que le asiste a un investigado en el marco de la etapa prejurisdiccional de un proceso penal y a los que debe sujetarse el Fiscal.

---

cuenta que el plazo para casos comunes es de ciento veinte (120) días, para casos complejos de ocho (8) meses y para casos de crimen organizado de treinta y seis (36) meses.

##### **<sup>35</sup> Artículo 336 Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria.-**

1. Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria.

(...).

<sup>36</sup> Por otro lado, de acuerdo al numeral 3) del artículo 334° del Código Procesal Penal, en el caso que el hecho fuese delictuoso y la acción penal no hubiere prescrito, pero faltare la identificación del autor o partícipe, ordenará la intervención de la Policía Nacional para tal fin.

<sup>37</sup> TALAVERA ELGUERA, Pablo. *Comentarios (...)*. Ibidem, p. 24.

De tal modo, se señala que si bien al Ministerio Público se le ha reconocido una serie de atribuciones constitucionales, los mismos no pueden ser ejercidas, de forma irrazonable, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales, dado que es un órgano constitucional sometido a la Constitución. En tal sentido, el Fiscal debe garantizar el derecho al debido proceso, siendo que *“no existe duda que este derecho despliega también su eficacia jurídica en el ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales; es decir, ahí en la fase del proceso penal en la que al Ministerio Público le corresponde concretizar el mandato previsto en el artículo 159° de la Constitución.”*<sup>38</sup>

En concordancia con lo anterior, los Fiscales se encuentran sujetos a garantizar el derecho a la debida motivación, describiendo o expresando las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión, por lo que debe existir una congruencia entre lo pedido y lo resuelto y que exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta decisión sea concisa<sup>39</sup>.

El derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales también se vulnera cuando la motivación es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas de hecho o de derecho que sustentan la decisión fiscal, o porque se intenta dar sólo un cumplimiento formal a la exigencia de la motivación. Por tanto, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente constituirá una decisión fiscal arbitraria y, en consecuencia, inconstitucional<sup>40</sup>. No todo error plasmado en una decisión fiscal la convierte automáticamente en una violación del derecho a la debida motivación, en tanto ello solo ocurrirá en aquellos casos en los que dicha facultad se ejerza de manera arbitraria, esto es, cuando la decisión fiscal es más bien consecuencia del decisionismo y no constituye la aplicación razonable del Derecho y de los hechos en su integridad<sup>41</sup>.

En cuanto a la duración de la investigación a nivel fiscal, el Tribunal Constitucional ha consagrado el derecho al plazo razonable de la investigación preliminar, como manifestación del derecho al debido proceso, el cual consiste en el *“lapso de tiempo suficiente para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación y la emisión de la decisión respectiva. Si bien es cierto que toda persona es susceptible de ser investigada, no lo es menos que para que ello ocurra, debe existir la concurrencia de una causa probable y la búsqueda de la comisión de un ilícito penal en un plazo que sea razonable”*<sup>42</sup>.

Asimismo, durante la investigación fiscal es necesario observar el principio de imputación necesaria, el cual consiste en la validación de una investigación o proceso penal bajo la premisa de que la imputación fiscal formulada contra el imputado sea concreta y detallada, de acuerdo a los grados de exigencia de cada fase del proceso penal, a fin de que pueda ejercer su derecho a la defensa adecuadamente.

El resguardo de tal principio ha sido consagrado de cierta manera por el Tribunal Constitucional, al indicar que después de culminar la investigación fiscal y en el supuesto que el Fiscal opte por ejercer la acción penal, deberá verificarse que la denuncia sea cierta, precisa, clara y expresa, esto es, que contenga

---

<sup>38</sup> Fundamentos Jurídicos N° 3 y 4 de la sentencia del 11 de agosto de 2010, emitida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 02748-2010-PHC/TC (Caso “Alexander Mosquera Izquierdo”). Cabe señalar que en las sentencias recaídas en los Exp. N° 2521-2005-PHC/TC, Exp. 6204-2006-PHC/TC, Exp. N° 5228-2006-PHC/TC, Exp. N° 2725-2008-PHC/TC y Exp. N° 05811-2015/PHC/TC también se precisó que el Ministerio Público debe respetar los derechos fundamentales al ser un órgano sometido a la Constitución.

<sup>39</sup> Fundamento Jurídico N° 5 de la sentencia del 06 de agosto de 2014, emitida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 04437-2012-PA/TC (Caso “Franco Mazetti Valdivia”).

<sup>40</sup> Fundamento Jurídico N° 6 de la sentencia recaída en el Exp. N° 04437-2012-PA/TC.

<sup>41</sup> Fundamento Jurídico N° 7 de la sentencia recaída en el Exp. N° 04437-2012-PA/TC.

<sup>42</sup> Fundamento Jurídico N° 5 de la sentencia del 11 de agosto de 2010, emitida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 2748-2010-PHC/TC (Caso “Alexander Mosquera Izquierdo”). Cabe señalar que en la sentencia recaída en el Exp. N° 00295-2012-PHC/TC (Caso “Aristóteles Arce Paucar”), el Tribunal Constitucional ha precisado que en el supuesto que se verifique la vulneración del plazo razonable, ello no implica que se ordenará disponer el archivo de la investigación, sino más bien, deberá instarse a la autoridad que emita el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto en el plazo más breve posible.

una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio, en aras del derecho a la defensa. Asimismo, deberá existir una corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el Fiscal: la imputación de un tipo penal debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de cada persona que sea denunciada<sup>43</sup>.

Por otro lado, el Tribunal reconoce el principio *ne bis in idem* – contemplado implícitamente en el numeral 2) del artículo 139 de la Constitución Política<sup>44</sup> – se proscribe que una persona sea procesada o sancionada dos veces o más por un mismo hecho, siempre y cuando concurren los tres presupuestos de triple identidad (de sujeto, de hechos y de causa de persecución)<sup>45</sup>.

Respecto a esto último, en el ámbito penal, el máximo intérprete de la Constitución ha precisado que en el supuesto que el Fiscal Provincial opte por emitir una disposición fiscal de “*no ha lugar a formalizar denuncia penal*”, se genera un estatus de inamovible, en tanto: (i) el Ministerio Público es la única entidad persecutora autorizada a promover el ejercicio público de la acción penal – ostentando el monopolio acusatorio – por lo cual el Fiscal es quien decide qué persona debe ser llevada ante los tribunales por la supuesta comisión de un delito; y (ii) si bien las disposiciones de archivo emitidas por el Fiscal no están revestidas de la calidad de cosa juzgada, se reconoce que tales pronunciamientos tienen la naturaleza de “cosa decidida” que las hace plausibles de seguridad jurídica.

Por tanto, una persona no podrá ser investigada o sancionada penalmente por los mismos hechos, en el supuesto que anteriormente un Fiscal Provincial haya emitido una disposición de no ha lugar a formalizar denuncia penal, en tanto dicha decisión constituye “cosa decidida”. El referido estatus se adquiere si es que el titular de la acción penal ha agotado todos los actos de investigación necesarios para determinar que el hecho denunciado es atípico<sup>46</sup>.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha determinado que será posible realizar una segunda investigación a nivel fiscal, a pesar de la existencia de un archivo primigenio en los siguientes supuestos: (i) cuando existan elementos probatorios nuevos no conocidos con anterioridad por la autoridad y revelen la necesidad de una nueva investigación penal; o, (ii) cuando se aprecie de manera objetiva que la primera investigación penal ha sido deficientemente realizada<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Fundamentos Jurídicos N° 13 a 16 de la sentencia recaída en el Exp. N° 4896-2006-PHC/TC. Sobre el principio de imputación necesaria – basándose en dicho pronunciamiento del Tribunal Constitucional –, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia emitió una sentencia, con precedente vinculante, indicando que “*supone la atribución de un hecho punible, fundado en el factum correspondiente, así como en la legis atinente y sostenido en la prueba, presupuestos que deben ser in escrupulosamente verificados por el órgano jurisdiccional que ejerciendo la facultad de control debe exigir que la labor fiscal sea cabal, que la presentación de los cargos, sea puntual y exhaustiva, que permita desarrollar juicios razonables*” (Punto III del Tercer Considerando de la sentencia recaída en el R.N. N° 956-2011-UCAYALI).

<sup>44</sup> **Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:**  
(...).

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

<sup>45</sup> Principios constitucionales expuestos en las sentencias recaídas en los Exp. N° 02493-2012-PA/TC (Caso “Jorge Vásquez Paulo”), N° 2725-2008-PHC/TC (Caso “Roberto Chauca Temoche”), N° 8123-2005-PHC/TC (Caso “Nelson Jacob Gurman”), N° 4587-2004-AA/TC (Caso “Santiago Martín Rivas”) y N° 01887-2010-PHC/TC (Caso “Hipólito Mejía Valenzuela”).

<sup>46</sup> Fundamento Jurídico N° 41 de la sentencia del 20 de octubre de 2015, emitida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 05811-2015-PHC/TC (Caso “Nadine Heredia Alarcón”).

<sup>47</sup> Estos supuestos fueron desarrollados en las sentencias recaídas en los Exp. N° 02493-2012-PA/TC (Fundamento Jurídico N° 6) y N° 05811-2015-PHC/TC (Fundamento Jurídico N° 31). Tales aspectos son trascendentes principalmente en el antiguo modelo procesal, dado que no existe una regulación normativa sobre la materia.

Finalmente, en la sentencia recaída en el Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, el Tribunal Constitucional también desarrolló el principio de legalidad, el principio de interdicción de arbitrariedad y brindó mayores alcances sobre el debido proceso en el ámbito de la actuación fiscal, aspectos que por razones de orden esquemáticos serán expuestos cuando brinde mi posición personal.

## 1.5. Mecanismos de protección a disposición del sujeto investigado en el marco de la propia investigación fiscal inicial

### 1.5.1. La tutela de derechos

Como se ha explicado, la actividad fiscal se encuentra limitada a su ejercicio dentro del marco de un debido proceso, lo cual acarrea el respeto de una serie de garantías de titularidad del investigado durante la investigación fiscal inicial, previo al ejercicio de la acción penal ante el órgano judicial.

En el nuevo modelo procesal existe una mejor regulación de los derechos de titularidad del imputado durante las diligencias preliminares, los cuales, a su vez, cuentan con una protección dentro de dicho ámbito en el caso de su transgresión por parte del Fiscal.

Así pues, en dicho modelo se regula la tutela de derechos – contemplado en el numeral 4) del artículo 71 del Código Procesal Penal<sup>48</sup> - la misma que constituye una vía jurisdiccional por la cual el sujeto investigado puede acudir cuando considere que durante la investigación a cargo del Fiscal se ha transgredido sus derechos. En caso de verificarse ello, el Juez de garantías podrá emitir el pronunciamiento correspondiente destinado a proteger los derechos del imputado.

Al respecto, en el Acuerdo Plenario N° 4-2010-/CJ-116<sup>49</sup>, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la tutela de derechos es un instrumento idóneo para salvaguardar las garantías del imputado, en virtud del cual se realiza un control de legalidad de la función del Fiscal, quien deberá desarrollar su estrategia persecutoria dentro del marco de garantías básicas, o, de lo contrario, podrá ser controlado por el Juez de Investigación Preparatoria. Si bien los actos de investigación de la Fiscalía gozan de amparo legal, ello no implica que sean incuestionables, teniendo en cuenta que están sujetos a la ley y al principio de objetividad.

---

En cambio, en el nuevo modelo procesal ello fue abordado en el artículo 335 del Código Procesal Penal, de la siguiente manera:

**“Artículo 335\*.- Prohibición de nueva denuncia**

*1. La Disposición de archivo prevista en el primer y último numeral del artículo anterior, impide que otro Fiscal pueda promover u ordenar que el inferior jerárquico promueva una Investigación Preparatoria por los mismos hechos.*

*2. Se exceptúa esta regla, si se aportan **nuevos elementos de convicción**, en cuyo caso deberá reexaminar los actuados el Fiscal que previno. En el supuesto que se demuestre que **la denuncia anterior no fue debidamente investigada**, el Fiscal Superior que previno designará a otro Fiscal Provincial.”* (Resaltado nuestro).

<sup>48</sup> **Artículo 71.- Derechos del imputado**

(...).

**4.** Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes.

<sup>49</sup> De fecha 16 de noviembre de 2010. Ver Fundamentos Jurídicos Décimo Tercero y Décimo Sexto.

Al constituir un mecanismo procesal tendiente a reparar el menoscabo sufrido, en determinados supuestos podría funcionar como una vía con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de hábeas corpus<sup>50</sup>.

A priori y de una lectura puramente restrictiva, parecería que la tutela de derechos solo estaría destinada a resguardar aquellas garantías contempladas taxativamente en el numeral 2) del artículo 71 del Código Procesal Penal<sup>51</sup>, apartado en el cual se regulan los derechos del imputado desde el inicio de la investigación hasta la culminación del proceso penal. No obstante, de una interpretación sistemática<sup>52</sup> y garantista de nuestro ordenamiento jurídico, además de las garantías contempladas en dicho precepto legal, este mecanismo en realidad también puede ser utilizado para amparar todos los derechos fundamentales del investigado que se vean afectados durante el transcurso de la investigación fiscal, siempre que no exista una vía procesal específica para su tutela.

Sobre esto último, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema ha precisado que el Juez de investigación preparatoria, mediante la tutela de derechos debe realizar el control de los derechos afectados que el investigado alegue, siempre que no exista una vía procesal determinada para salvaguardar el derecho fundamental, teniendo en cuenta que se trata de una vía residual. En tal sentido, resulta incorrecto

---

<sup>50</sup> ALVA FLORIAN, César. “La Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 11 (mayo 2010), Lima, p. 15.

<sup>51</sup> **Artículo 71 Derechos del imputado.-**

1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso.

2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a:

- a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda;
- b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata;
- c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor;
- d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia;
- e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley; y
- f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

3. El cumplimiento de lo prescrito en los numerales anteriores debe constar en acta, ser firmado por el imputado y la autoridad correspondiente. Si el imputado se rehusa a firmar el acta se hará constar la abstención, y se consignará el motivo si lo expresare. Cuando la negativa se produce en las primeras diligencias de investigación, previa intervención del Fiscal se dejará constancia de tal hecho en el acta.

(...).

<sup>52</sup> **Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal**

(...).

3. La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.

#### **Artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal**

1. Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala. (...).

afirmar que la tutela de derechos únicamente se pueda plantear cuando se afecte alguno de los derechos señalados en el numeral 2) del artículo 71 del Código Procesal<sup>53</sup>.

En concordancia con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia también ha precisado que aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneren derechos fundamentales, pero que tengan regulado una vía procesal para su cuestionamiento, no podrán ser controlados por la tutela de derechos, tal como sucede, por ejemplo, en el caso del control de plazo. Por ello, la tutela de derechos tiene carácter residual: opera siempre que el ordenamiento procesal no tenga previsto un procedimiento específico para el reclamo del derecho afectado<sup>54</sup>.

Como ámbito de su protección, un supuesto – no contemplado taxativamente en el artículo 71 del Código Procesal Penal – en virtud del cual se pueda acudir a la tutela de derechos sucede cuando se solicita la exclusión de material probatorio obtenidos por procedimientos ilegales o viciosos, frente a la afectación de derechos fundamentales del investigado<sup>55</sup>.

Por otro lado, esta vía resulta idónea para resguardar el principio de imputación necesaria en la fase de diligencias preliminares<sup>56</sup>, en tanto la Corte Suprema de Justicia ha precisado que podrá invocarse la tutela de derechos ante el Juez de garantías cuando la imputación fiscal no contenga un mínimo nivel de detalle que permita al imputado conocer el suceso histórico que se le atribuye y la forma en las que pudo haber tenido lugar. En otros términos, tal mecanismo estará habilitado cuando los hechos imputados sean genéricos, vagos o gaseosos, o cuando no se precise el supuesto aporte del investigado<sup>57</sup>.

Como cuestión final, cabe precisar que la tutela de derechos solo se encuentra contemplada en el nuevo modelo procesal, sin tener regulación alguna en los procesos regidos bajo el Código de Procedimientos Penales. En todo caso, a mi consideración hubiera sido recomendable que se adelante la vigencia del artículo 71 del Código Procesal Penal a nivel nacional, a fin de garantizar la eficacia de los derechos fundamentales del investigado durante la etapa prejurisdiccional en el antiguo modelo procesal.

### **1.5.2. Tutela de inadmisión de diligencias sumariales**

Como una manifestación del derecho a la defensa y del principio de igualdad procesal<sup>58</sup>, y bajo expreso reconocimiento en el numeral 5) del artículo 84 y en el numeral 4) del artículo 337 del Código Procesal Penal<sup>59</sup>, durante el transcurso de la investigación, el sujeto investigado puede solicitar al Fiscal la realización de cualquier diligencia que sea útil y pertinente para el esclarecimiento de los hechos.

<sup>53</sup> Fundamento Jurídico 2.3. del auto de apelación A.V. 05-2018- “1”, de fecha 21 de agosto de 2018.

<sup>54</sup> Fundamentos Jurídicos Décimo Tercero y Décimo Cuarto del Acuerdo Plenario N° 4-2010-/CJ-116.

<sup>55</sup> Fundamento Jurídico Décimo Séptimo del Acuerdo Plenario N° 4-2010-/CJ-116.

<sup>56</sup> De la lectura de la sentencia recaída en la Casación N° 326-2016-LAMBAYEQUE, de fecha 26 de noviembre de 2016 emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, se desprende que la tutela de derechos por la transgresión del principio de imputación necesaria también es procedente en la fase de diligencias preliminares.

<sup>57</sup> Fundamentos Jurídicos Décimo y Décimo Primero del Acuerdo Plenario N° 2-2012-/CJ-116, de fecha 26 de marzo de 2012.

<sup>58</sup> **Artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal**

(...).

**3.** Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.

(...).

<sup>59</sup> **Artículo 84. Derechos y deberes del abogado defensor**

El abogado defensor goza de todos los derechos que la ley le confiere para el ejercicio de su profesión, especialmente de los siguientes:

(...).

5. Aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes.

(....).

**Artículo 337.- Diligencias de la Investigación Preparatoria**



No obstante, no es de soslayar aquellos casos en los que los Fiscales arbitrariamente rechazan tal solicitud bajo argumentos ilógicos o con expresiones vagas y oscuras, o, inclusive, sin siquiera expedir algún pronunciamiento frente a dicho requerimiento, generando indefensión al sujeto sobre el cual recae la investigación, dado que no se ha dispuesto la realización de un acto de investigación destinado a determinar la supuesta comisión del hecho delictivo.

Ante dicha situación, en el numeral 5) del artículo 337 del Código Procesal Penal<sup>60</sup> se establece que el investigado podrá acudir ante el Juez de Investigación Preparatoria, a fin de que este último decida acerca de la procedencia de la realización de la diligencia propuesta que fue rechazada previamente por el Fiscal. A fin de salvaguardar la eficacia de dicho precepto legal, deberá interpretarse que la solicitud de la realización de una diligencia también es rechazada, cuando el Fiscal no atiende el requerimiento del investigado dentro de un plazo prudencial, omitiendo pronunciarse al respecto.

Por otro lado, en el Acuerdo Plenario N° 4-2010-/CJ-116, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que “no podrá cuestionarse a través de la **tutela la inadmisión de diligencias sumariales solicitadas por la defensa durante la investigación, pues, para este efecto, rige lo dispuesto en el artículo 337.4 del NCPP**”<sup>61</sup>, siendo ello acorde a la naturaleza residual de la vía de tutela de derechos.

Al igual que en el caso anterior, esta vía solo se encuentra regulada en el nuevo modelo procesal, razón por la cual considero que también hubiera sido ideal que se adelante la vigencia de dicho precepto legal en todo el territorio nacional, en aras de otorgarle mayor efectividad y vigor al debido proceso durante la etapa prejurisdiccional regido bajo el antiguo modelo procesal.

### 1.5.3. Control de plazo

Toda persona inmersa en una investigación tiene el derecho a que la duración de la misma tenga un plazo razonable, en tanto resulta inconstitucional que se encuentre en situación de sospecha por un periodo indeterminado.

Como manifestación de dicho derecho, en el numeral 2) del artículo 334 del Código Procesal Penal<sup>62</sup>, se establece que la persona que se considere afectada por la prolongada duración de la etapa prejurisdiccional, podrá solicitar – en primer término – al Fiscal que la concluya y emita el pronunciamiento correspondiente. En dicho escenario, si el Fiscal no acepta la solicitud o fija un plazo

---

(...).

4. Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes podrán solicitar al Fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El Fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes.

(...).

#### <sup>60</sup> **Artículo 337.- Diligencias de la Investigación Preparatoria**

(...).

5. Si el Fiscal rechazare la solicitud, se instará al Juez de la Investigación Preparatoria a fin de obtener un pronunciamiento judicial acerca de la procedencia de la diligencia. El Juez resolverá inmediatamente con el mérito de los actuados que le proporcione la parte y, en su caso, el Fiscal.

<sup>61</sup> Fundamento Jurídico Décimo Tercero del Acuerdo Plenario N° 4-2010-/CJ-116.

#### <sup>62</sup> **Artículo 334. Calificación**

(...).

2. El plazo de las diligencias preliminares, conforme al artículo 3, es de sesenta días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante ello, el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación. Quien se considere afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares, solicitará al fiscal le dé término y dicte la disposición que corresponda. Si el fiscal no acepta la solicitud del afectado o fija un plazo irrazonable, este último podrá acudir al juez de la investigación preparatoria en el plazo de cinco días instando su pronunciamiento. El juez resolverá previa audiencia, con la participación del fiscal y del solicitante.

(...).

irrazonable, el afectado podrá acudir al Juez para que este determine la procedencia del control del plazo dispuesto y transcurrido en la investigación fiscal.

El órgano jurisdiccional se limitará a determinar si existe un exceso en cuanto a la duración de la investigación, por lo que en el caso que se verifique ello, ordenará al Fiscal que emita pronunciamiento – consistente en el archivo del caso o la formalización de la investigación - dentro de un plazo prudencial<sup>63</sup>. En dicho escenario, en ningún supuesto el Juez podrá ordenar al Fiscal a archivar la investigación, al ser ello una prerrogativa exclusiva del representante del Ministerio Público.

Este mecanismo de control siempre se ha encontrado previsto en el nuevo modelo procesal. En cambio, en el antiguo modelo procesal su aplicación recién ha sido posible desde el mes de noviembre del año 2017, con la dación del Decreto Legislativo N° 1206, en virtud del cual se adelantó la vigencia del artículo 334 del Código Procesal Penal a nivel nacional.

## 1.6. Posición del bachiller

Habiendo delineado los derechos del investigado durante la etapa jurisdiccional y los primordiales mecanismos procesales de tutela con los que cuenta en dicha fase, procederé a señalar los principales asuntos – relacionados a tales materias - expuestos dentro del expediente materia de sustentación.

En primer lugar, considero favorable que en la sentencia recaída en el Exp. N° 6167-2005-PHC/TC (Caso “Fernando Cantuarias Salaverry”), el Tribunal Constitucional haya reafirmado la legitimidad constitucional y legal con la que cuenta el Ministerio Público como titular de la acción penal y que, en ejercicio de sus funciones, se encuentra facultado a iniciar y conducir la investigación preliminar desde que el supuesto hecho criminal es denunciado. En tal sentido, bajo el antiguo modelo procesal<sup>64</sup>, tras la culminación de la investigación y después de reunir elementos suficientes que ameriten el inicio de un proceso penal, el Fiscal podrá optar por formalizar la investigación ante el Juez instructor.

En este extremo, el Tribunal precisa que respecto a la actividad probatoria y al grado de convicción al que debe arribarse para proceder a formalizar denuncia penal, no se requiere que exista convicción plena del Fiscal ni que las actuaciones estén completas, pues basta que las investigaciones arrojen un resultado probabilístico razonable, en relación a la comisión del delito por parte del denunciado<sup>65</sup>. Dicha fundamentación guarda concordancia con la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 emitida por la Corte Suprema, en donde estableció que frente a la formalización de la denuncia penal del Fiscal, solo es exigible un grado de sospecha reveladora y que *“los elementos de convicción han de ser racionales, descartándose por ello de vagas indicaciones o livianas sospechas, de suerte que la aludida disposición debe apoyarse en datos de valor fáctico que, representando más que una posibilidad y menos que una certeza supongan una **probabilidad de la existencia de un delito**”*<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> En el Código Procesal Penal no se especifica el plazo en el cual el Fiscal deberá emitir pronunciamiento en el supuesto que el juez declare fundado el control de plazo respecto a una investigación fiscal en fase prejurisdiccional. No obstante, de una interpretación sistemática del numeral 3) del artículo 343° del Código Procesal Penal, se debe entender que en el supuesto que se ampare el control de plazo en dicho supuesto, el juez deberá ordenar que el Fiscal emita el pronunciamiento respectivo dentro 10 días. En dicho precepto legal se dispone lo siguiente:

**Artículo 343 Control del Plazo.-**  
(...).

3. Si el juez ordena la conclusión de la Investigación Preparatoria, el Fiscal en el plazo de diez días debe pronunciarse solicitando el sobreseimiento o formulando acusación, según corresponda. Su incumplimiento acarrea responsabilidad disciplinaria en el Fiscal.

<sup>64</sup> La investigación fiscal (cuestionada) llevada a cabo contra Fernando Cantuarias Salaverry fue regida bajo el Código de Procedimientos Penales.

<sup>65</sup> Fundamento Jurídico N° 28.

<sup>66</sup> Fundamento Vigésimo Cuarto de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433, de fecha 11 de octubre de 2017. Cabe señalar que en este caso la Corte Suprema se refiere a una sospecha reveladora para la disposición

Por otro lado, el Tribunal precisó que para formalizar denuncia penal el Fiscal no se limitará a observar las disposiciones legales, pues su actuación deberá ser conforme a los mandatos constitucionales de respeto a los derechos fundamentales y al ordenamiento jurídico constitucional<sup>67</sup>. En tal sentido, en la sentencia se desarrolló una serie de principios y derechos relevantes a los cuales debe estar sujeto un Fiscal durante una investigación fiscal seguida contra determinada persona, como son: **(i)** el derecho al debido proceso, **(ii)** el principio de interdicción a la arbitrariedad, y **(iii)** el principio de legalidad.

Así pues, se recalcó que la etapa previa al proceso penal se debe llevar a cabo bajo la observancia del derecho al debido proceso y, como tal, las garantías constitucionales previstas en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional serán aplicables a dicha fase, siempre y cuando sean compatibles con su naturaleza y fin<sup>68</sup>.

De lo anterior se desprende que durante la investigación preliminar se consagran los derechos a la prueba, a la defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos a la ley, a la debida motivación, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, así como el principio de legalidad procesal penal.

Por tanto, si bien ya existían anteriores pronunciamientos del Tribunal en el que se reconocía el debido proceso – de una manera amplia - en una investigación fiscal, a través de esta sentencia se precisaron cuáles garantías serían aplicables a dicha fase, siempre que sea compatible con su naturaleza. Desde luego, el deber que tiene todo Fiscal para perseguir la posible comisión de un delito de ningún modo es incompatible con su obligación de respetar las garantías que forman parte del derecho al debido proceso.

Por otro lado, en la sentencia materia de análisis, por primera vez se consagró el principio de interdicción de la arbitrariedad en el ámbito de la actuación fiscal, en cuyo sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, esto es, como lo incongruente y contradictorio con la realidad que debe servir de base a toda decisión o como aquello ajeno a toda razón de explicarlo. En atención a este principio – entendido como aquello carente de vínculo natural con la realidad –, la actividad fiscal se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben:

- Actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica;
- Decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y,
- Lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica<sup>69</sup>.

En concordancia con ello, el Tribunal precisa que el Fiscal actúa bajo la observancia del principio de legalidad. Al encontrarse en tal posición, ejercitará la acción penal solo en aquellos casos en los que se verifique la comisión de un delito, sin apartarse de los límites impuestos por la Constitución y la ley<sup>70</sup>.

La sentencia en tales extremos también resulta positiva, en cuanto si bien el Fiscal es el titular de la acción penal, su rol no lo autoriza a actuar con ausencia de objetividad durante la investigación preliminar. Dicha etapa deberá desarrollarse en el marco de un debido proceso, dentro del cual se encuentra proscrita cualquier actuación arbitraria bajo la observancia de la ley, por lo que la legitimidad

---

de la formalización de la investigación preparatoria – en el nuevo modelo procesal -, lo cual es equivalente a la formalización de la denuncia penal con el posterior auto apertorio de proceso penal.

<sup>67</sup> Fundamento Jurídico N° 28.

<sup>68</sup> Fundamento Jurídico N° 32.

<sup>69</sup> Fundamento Jurídico N° 30.

<sup>70</sup> Fundamento Jurídico N° 31. En virtud de este principio, además de ratificar lo expresado por el Tribunal Constitucional, San Martín señala que esta sumisión implica que el Fiscal deba prescindir de cualquier influencia o interés (personal o externo), ajeno a los principios recogidos por nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, el Fiscal actuará con independencia de criterio, siempre y cuando siga las directivas o instrucciones de carácter general (nunca sobre un caso concreto) impartidas por el Fiscal de la Nación. SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho (...)*, p. 208.

de las decisiones del Fiscal dependerá del resguardo a los principios de interdicción de arbitrariedad y legalidad.

En consecuencia, resulta importante que el Tribunal Constitucional, en calidad de máximo intérprete de nuestra Constitución Política, haya establecido una serie de parámetros procesales a los que debe sujetarse un Fiscal en el marco de la investigación bajo su cargo, a efectos de evitar cualquier tipo de afectación considerable a los derechos del investigado.

Habiendo arribado a este punto, es necesario hacer referencia al primer problema jurídico del caso: ¿cuáles son las garantías del investigado durante la investigación preliminar? En el nuevo modelo procesal, los derechos del investigado se encuentran regulados expresamente a lo largo del Código Procesal Penal, lo cual es propio de un modelo garantista. Tales derechos han sido detallados en el presente informe<sup>71</sup> y básicamente tienen como objeto garantizar un debido proceso durante las diligencias preliminares, bajo el reconocimiento expreso de las diversas manifestaciones del ejercicio del derecho a la defensa.

A diferencia de lo anterior, en el antiguo modelo procesal, este aspecto es problemático, pues los derechos del investigado en el marco de la investigación preliminar no se encuentran positivizados en algún cuerpo normativo sistematizado. Frente a esta omisión, resulta provechoso la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de los principios y derechos constitucionales a los cuales se encuentra sujeto el Fiscal, tales como el derecho al debido proceso, el derecho a la debida motivación de decisiones fiscales, el derecho a la defensa, el derecho al plazo razonable, el derecho a la interdicción de la persecución penal múltiple (la “cosa decidida” fiscal), el principio de imputación necesaria, el principio de legalidad, el principio de interdicción de arbitrariedad, entre otros.

Por otro lado, cabe recordar que cuando la Cuarta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima rechazó la demanda de hábeas corpus, sostuvo que durante la investigación preliminar en el antiguo modelo procesal no se encuentra “*regulado un procedimiento especial como para llegar a determinar que ha existido la vulneración del debido proceso*”. Si bien este aspecto ya fue dilucidado a lo largo del presente informe, cabe cuestionarse: ¿cuáles son los mecanismos de protección a los que puede acudir el investigado en el marco de la investigación fiscal frente a la eventual transgresión de sus derechos?

Como bien indicó la Cuarta Sala Penal de Lima, al momento de la resolución de caso, en el antiguo modelo procesal no se contaba con ningún “procedimiento especial” dentro de la propia investigación preliminar para resguardar la vulneración de los derechos del investigado. A la presente fecha, no es posible que el investigado acuda a las vías de tutela de derechos o de control de actos de investigación, pues ello solo está contemplado en el nuevo modelo procesal. Solo tiene a su disposición la vía del control de plazo, aunque con la precisión de que ello recién es posible desde el año 2015.

En todo caso, el sujeto podría acudir al proceso constitucional de amparo, fuera del ámbito del propio proceso prejurisdiccional, a fin de pretender tutelar los derechos afectados por el representante del Ministerio Público. No obstante, en muchas ocasiones esto podría ser infructuoso, teniendo en cuenta que se está acudiendo a una vía extrapenal en la que el Juez constitucional no conoce los hechos del expediente de antemano y, además, podría conllevar a un pronunciamiento tardío – por la abundante carga procesal –, esto es, cuando el caso se encuentre en otra etapa procesal<sup>72</sup>.

Por otro lado, en el nuevo modelo procesal, el sujeto investigado podría invocar los tres mecanismos de control referidos frente a la transgresión de sus derechos por parte del Fiscal, al encontrarse previstos expresamente en el Código Procesal Penal de 2004. En dicho escenario, el Juez de investigación

---

<sup>71</sup> Páginas 26 y 27 correspondiente a la sección “la actividad fiscal durante las diligencias preliminares en el nuevo modelo procesal”.

<sup>72</sup> No me he explayado sobre este punto, pues el problema jurídico está referido a mecanismos de control en el marco de la investigación preliminar, siendo que el proceso de amparo es uno distinto al proceso penal.

preparatoria será el que conocerá el incidente dentro del propio proceso y determinará si existió alguna afectación a los derechos del imputado.

## 2. ¿Era procedente la formalización de denuncia penal contra Fernando Cantuarias Salaverry por la pregunta comisión de los delitos de falsedad genérica y fraude procesal?

Tras la culminación de la investigación preliminar, el Fiscal demandado formalizó denuncia penal contra Fernando Cantuarias Salaverry por la comisión de los delitos de falsedad genérica y fraude procesal en agravio del Estado y Algamarca. En el presente acápite brindaré mi opinión acerca de si correspondía accionar penalmente contra el investigado, para lo cual previamente desarrollaré la estructura típica de los tipos penales en mención.

Este aspecto guarda particular importancia, si se tiene en cuenta que uno de los puntos de la demanda de hábeas corpus se refiere a que el Fiscal demandado incurrió en una indebida motivación al no realizar una subsunción típica al momento de formalizar denuncia penal. En tal sentido, indica que el titular de la acción penal “*no establece por qué los hechos que describe son típicos conforme a los arts. 438 y 416 del CP, solo describe hechos, no hay argumentación jurídica, lo que viola además el principio de legalidad previsto en el art. 2 num. 14 lit. D de la Constitución*”<sup>73</sup>.

### 2.1. El delito de falsedad genérica

El artículo 438 del Código Penal contempla el delito de falsedad genérica, en donde se establece que: “*El que de cualquier otro modo que no esté especificado en los Capítulos precedentes, comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, suponiendo viva a una persona fallecida o que no ha existido o viceversa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años*”.

De acuerdo a Peña Cabrera Freyre, el bien jurídico protegido de este delito se encuentra específicamente enmarcado en la protección sobre el derecho a la verdad. Esto último debe ser entendido como la confiabilidad o veracidad, que debe inspirar las declaraciones que prestan los ciudadanos ante las distintas esferas de la vida social<sup>74</sup>. En la misma línea, Reátegui Sánchez señala que el objeto de protección del delito de falsedad genérica recae en el derecho a la verdad<sup>75</sup>.

Este delito es de tipo residual, toda vez que sanciona aquellas conductas que implican falsedad, y que no han sido recogidas por los demás tipos pertenecientes a las infracciones contra la fe pública. En ese sentido, no sólo será posible cometer este delito a través de un documento, sino que, como también indica el tipo penal, puede realizarse mediante palabras, hechos, y en general, mediante cualquier medio, siendo el requisito para su configuración la existencia de una alteración de la verdad y se cause con ello un perjuicio<sup>76</sup>.

Este criterio ha sido ratificado por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Ejecutoria Suprema recaída en la Queja N° 53-2009-LIMA<sup>77</sup>, en la que ratifica que se trata de un tipo penal subsidiario y que la mentira es el elemento central del mismo. En específico, señala lo siguiente:

***“Décimo: (...) [El] delito de falsedad genérica (...) está dirigido a la simulación, suposición o alteración de la verdad ya sea por palabras o hechos. Se advierte de sus elementos que la***

<sup>73</sup> Punto 33 de la demanda de hábeas corpus.

<sup>74</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo VI. Lima: Idemsa, 2015, p. 763.

<sup>75</sup> REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Volumen 4. Primera edición. Lima: Legales Ediciones, 2016, p. 2254.

<sup>76</sup> BRAMONT-ARIAS-TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Segunda edición. Lima: Editorial San Marcos, 1996, p. 561.

<sup>77</sup> De fecha 05 de mayo de 2009.

*mentira es el componente indispensable e inherente al tipo de esta falsedad subsidiaria, puede que la mentira más que un resultado es la conducta misma del agente, su componente no solo fundamental, sino también único. Es de resaltar, asimismo, la importancia de determinar qué es lo que se considera probado como falso y qué causó agravio; otro elemento a destacar con particular énfasis está referido al elemento subjetivo: el dolo, el cual estriba en el conocimiento de lo falso que se expresa o introduce en un documento.”* (Resaltado nuestro).

De acuerdo a su redacción, las modalidades para la configuración del presente delito son las siguientes:

- Simulación y/o alteración intencional de la verdad, mediante palabras. La simulación de la verdad mediante palabras implica aquellos actos dirigidos a hacer pasar como verdadero un hecho que no ha ocurrido en la realidad.

Por otra parte, alterar se refiere a modificar, variar, o cambiar la naturaleza de las cosas (mediante palabras), lo cual podría darse a través de la omisión de datos concretos o incluyendo circunstancias que no han ocurrido en la realidad.

- Simulación y/o alteración intencional de la verdad, mediante hechos. Al igual que el caso anterior, aquí estamos ante una simulación o alteración de la verdad, aunque esta vez ello ocurre mediante hechos.

Se debe tener cautela para subsumir el supuesto fáctico dentro de esta modalidad y la anterior, pues existen otros tipos penales más específicos que se refieran a escenarios que contengan falsedades (v.g.: simulación de tener condición de soltero para casarse nuevamente en el art. 139 del CP; denuncia calumniosa en el art. 402 del CP; falsa declaración en procedimiento administrativo del art. 411 del CP; simulación de accidentes de tránsito para cobertura de SOAT en el art. 431-A del CP).

- Alterar la verdad intencionalmente, mediando la usurpación de nombre, calidad o empleo que no le corresponde, suponiendo viva a una persona fallecida o que no ha existido o viceversa. Esto se refiere a la falsedad personal, en la medida de que la materialidad implica una “falsedad que recae sobre la identidad, cargo o empleo de una determinada persona, amén de engendrar un engaño en la víctima, incidiendo en la generación de un perjuicio”.<sup>78</sup>

De acuerdo a la estructura del tipo penal, se exige la presencia de un perjuicio para que sea sancionable la conducta del agente. Acertadamente Frisancho Aparicio advierte que se impone la necesidad de no reprimir la simple mentira, por lo que es preciso exigir que la falsedad genérica exija este elemento, siendo ello acorde al principio de lesividad<sup>79</sup>.

En cuanto al sujeto activo, de la descripción típica se aprecia que es un delito común, razón por la cual no se requiere ninguna cualidad especial en el agente. El sujeto pasivo es el Estado, aunque específicamente podría identificarse a una víctima que se vio perjudicada con la conducta ilícita que puede ser una persona física o persona jurídica.<sup>80</sup> Esto es, los particulares podrían ser considerados directamente como agraviados<sup>81</sup>.

## 2.2. El delito de fraude procesal

El delito de fraude procesal se encuentra contemplado en el artículo 416 del Código Penal, bajo el siguiente detalle: “El que, por cualquier medio fraudulento, induce a error a un funcionario o servidor

<sup>78</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal*. (...). Ibidem, pp. 768-778.

<sup>79</sup> FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Falsificación de documentos. Análisis Jurídico Penal*. Primera edición. Lima: Ediciones Legales, 2018, p. 440.

<sup>80</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal*. (...). Ibidem, p. 766.

<sup>81</sup> FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Falsificación* (...). Ibidem, p. 440.

*público para obtener resolución contraria a la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años”.*

Asimismo, según García León, en específico “*este delito protege la formación de la convicción de los funcionarios o servidores públicos en la legitimidad del contenido material de las resoluciones de un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica*”<sup>82</sup>. De manera similar, Frisancho Aparicio subraya que se protege el ejercicio de la Administración de Justicia, concretamente “*el interés que existe en que las fuentes de convicción del juzgador sean genuinas. Por esta razón, se ha venido sosteniendo que este delito incide en la fase probatoria de un proceso*”<sup>83</sup>.

Según el profesor Salinas Siccha, fraude procesal es todo engaño que alguna o ambas partes desarrollan dentro de un proceso para obtener una ventaja indebida (ventaja que en situaciones habituales no se lograría). Agrega que este supuesto se configurará cuando el agente que participa dentro de un proceso (civil, penal, laboral o administrativo) sorprende a la autoridad jurisdiccional mediante un acto fraudulento, logrando que este emita una resolución contraria a ley<sup>84</sup>.

El medio típico en este delito es el “medio fraudulento”, el cual no es especificado por el legislador, en la medida que si se elabora una lista cerrada de medios fraudulentos podría generarse impunidad frente a los avances tecnológicos o cambios sociales en nuestra sociedad<sup>85</sup>.

Peña Cabrera señala que estamos ante un “engaño”, pues los hechos son revestidos de cierto ropaje, a fin de aparentar ciertas características de las cosas que no se condicen con su auténtica naturaleza. Debe tratarse de un engaño idóneo y apto para poder inducir en error al funcionario público, toda vez que quedan excluidas aquellas argumentaciones subjetivas que no tienen respaldo probatorio o aquellas intrascendentes<sup>86</sup>.

Para ello, el agente generalmente emplea documentos falsificados, medios probatorios confeccionados para engañar al funcionario (v.g.: compraventa ficticia, cesión falsa de derechos de autor), esto es, todo documento con el que se pretenda probar algo. La acción típica también podría configurarse con la alteración de las cosas que no corresponde con la realidad (v.g.: para pretender la prescripción adquisitiva de dominio, el agente altera los linderos de manera previa a la diligencia de inspección judicial)<sup>87</sup>.

Como otros ejemplos de medios fraudulentos, Frisancho Aparicio, citando a Jiménez Huerta, señala que podría suceder cuando judicialmente se presenta un contrato simulado que sirva para fortalecer su pretensión; o en el supuesto que se trate de evitar que el Juez trabase embargo sobre los bienes del agente exhibiendo un contrato de arrendamiento simulado a nombre de un supuesto arrendatario diverso del real; o cuando el agente intente eludir el pago de la reparación civil simulando un contrato de enajenación de bienes en favor de un tercero<sup>88</sup>.

El delito también podría configurarse cuando el sujeto activo inserta hechos falsos que le corresponden probar. No obstante, también se requerirá que en la mayoría de casos “*los hechos se funden en pruebas falsas e idóneas o con la entidad para realmente inducir en error a la autoridad*”<sup>89</sup>. Esto es, no bastan

<sup>82</sup> GARCÍA LEÓN, Godofredo André. “El delito de fraude procesal”. En: HEYDEGGER, Francisco R. (coordinador). *Delitos contra la administración de justicia*. Lima: Instituto Pacífico, 2019, p. 200.

<sup>83</sup> JIMÉNEZ HUERTA. “Fraude maquinado y estafa procesal”. En: *Estudios jurídicos en homenaje a Luis Jiménez de Asúa*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1964, p. 131. Citado por: FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración de Justicia*. Segunda edición. Lima: Ediciones Legales, 2014, p. 172.

<sup>84</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte Especial*. Volumen 2. Séptima edición. Lima: Editorial Iustitia, 2018, p. 1443.

<sup>85</sup> GARCÍA LEÓN, Godofredo André. “El delito de (...)”. Ibidem, p. 198.

<sup>86</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal*. (...). Ibidem, pp. 401-402.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 402.

<sup>88</sup> FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra (...)*. Ibidem, p. 173.

<sup>89</sup> GARCÍA LEÓN, Godofredo André. “El delito (...)”. Ibidem, p. 212.

las meras declaraciones para que esto sea considerado como medio fraudulento, sino que también se exigirá la presentación de documentos o pruebas apócrifas por parte del agente en el marco del proceso.

Bien es cierto que el medio fraudulento puede ser de cualquier naturaleza, en atención a que el legislador no ha establecido una lista taxativa de modalidades. Sin embargo, en el caso de meras mentiras vertidas dentro de un proceso, estas deberán acompañadas de algún elemento fraudulento adicional que sustente la declaración o hecho falso insertado. Al respecto, Pacheco Osorio<sup>90</sup> señala que:

*“Es menester que concurra cualquier medio fraudulento, entendiéndose por tal una objetividad externa capaz de darle apariencia de verdad a lo que no lo es, como la presentación de una prueba falsa, la supresión de una verdadera, el perjurio de alguna de las partes (...). No bastan, desde luego, las simples palabras mentirosas, las citas de normas jurídicas inexistentes, abolidas o tergiversadas, o la interpretación acomodaticia o contraria a los textos de las mismas, de la doctrina de los expositores o la jurisprudencia de los tribunales, etc., a que suelen acudir litigantes y gestores poco escrupulosos; pues lo que se preserva no es la credulidad, sino el recto juicio de los administradores de justicia. Con tal de que sea fraudulento el medio puede ser cualquiera, porque así aparece explícitamente consignado en el precepto citado”. (Resaltado nuestro).*

Esto es concordante con la casuística de nuestra jurisprudencia nacional, en donde se observa que la Corte Suprema de Justicia siempre ha ligado la presentación de documentos apócrifos con el “medio fraudulento” del delito de fraude procesal<sup>91</sup>.

De acuerdo a la doctrina, el objeto del delito (objeto donde recae la acción típica) es el funcionario público que va a resolver la controversia en el marco del proceso. En principio serán, pues, los jueces y demás funcionarios públicos con potestad decisoria los que puedan ser inducidos a error por la acción delictiva<sup>92</sup>.

De tal modo, este medio fraudulento debe estar dirigido a generar un error al funcionario público, a fin de que emita una resolución contraria a ley. Este error consiste en un conocimiento falso de los hechos que alega el agente o a las pruebas fraudulentas empleadas por él mismo para fundamentar su pretensión. Por otro lado, la resolución contraria a ley es la decisión del funcionario público que resuelve un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica, siendo que la misma se encuentra viciada, por estar referida a hechos falsos o fundada en pruebas fraudulentas o apócrifas<sup>93</sup>.

Este delito es de resultado, en la medida que debe verificarse que el funcionario llegó a emitir una resolución contraria a ley, a raíz del medio fraudulento empleado por el agente. Si este pronunciamiento no se llega a emitir, no se habrá consumado el tipo penal.

---

<sup>90</sup> Cabe señalar que el autor se refiere al delito de fraude procesal en la legislación colombiana de ese entonces, el cual se encontraba redactado de la siguiente manera, el cual se encontraba redactado de una forma similar al caso peruano, a saber: “El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un empleado oficial para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años”. PACHECO OSORIO, Pedro. Fraude procesal y otras infracciones. *Nuevo Foro Penal*, Número 14, (1982), p. 635. Ver en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4539/3816>

<sup>91</sup> Véase las Ejecutorias Supremas recaídas en el Exp. N° 2154-2001 (presentación de título valor – letra de cambio – falso en una acción judicial que dio inicio a un proceso ejecutivo), R.N. N° 70-04-TACNA (adulteración de partida nacimiento utilizado en proceso civil de reivindicación de inmueble), Exp. N° 4223-97 (utilización de recibos de pago falsificados en proceso civil de desalojo). Ejecutorias Supremas reproducidas en: URQUIZO OLAECHEA, José. *Código Penal Práctico*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, 2017, p. 503. Por otro lado, tener en cuenta el R.N. N° 2671-2012-DEL SANTA (se adjuntó falso extracto de estatuto en proceso laboral).

<sup>92</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal*. (...). Ibidem, pp. 398-403. De la misma forma, GARCÍA LEÓN señala que el objeto del delito recae en el delito de fraude procesal es el funcionario o servidor público que está facultado o posibilitado de emitir resoluciones. GARCÍA LEÓN, Godofredo André. “El delito (...)”. Ibidem, p. 199.

<sup>93</sup> GARCÍA LEÓN, Godofredo André. “El delito (...)”. Ibidem, p. 201.



Finalmente, respecto al sujeto activo, el autor del delito de fraude procesal puede ser cualquier persona, teniendo en consideración que se trata de un delito común. Por otro lado, al ser el bien jurídico la Administración de Justicia, el sujeto pasivo es el Estado, como titular de la actividad probatoria en la vía judicial o administrativa<sup>94</sup>.

### 2.3. Posición del bachiller

Como se señaló anteriormente, la Fiscalía procedió a formalizar denuncia penal contra Fernando Cantuarias por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal por presuntas falsedades insertadas dentro del escrito que rechazó la recusación formulada en su contra, en el marco del proceso arbitral seguido entre Sulliden y Algamarca.

La acción delictiva supuestamente consistiría en que Fernando Cantuarias habría mentido al indicar que se alejó del estudio jurídico de su padre en el año 1996 y que la relación profesional que mantuvo con el Sr. Enrique Lastres culminó al término de la defensa a la Compañía Poderosa S.A. Según la tesis del Ministerio Público, este hecho resultaría falso, pues en realidad fue accionista del estudio de su padre, siendo que incluso en el año 1998 incrementó su participación accionarial, razón por la cual *“se aleja de la realidad la aseveración de haberse alejado definitivamente desde el año 1996, toda vez que forma parte del mismo hasta la fecha”*.

El representante del Ministerio Público culmina señalando que Fernando Cantuarias no solo omitió comunicar su vínculo con el Sr. Enrique Lastres a las partes y a los demás árbitros del proceso arbitral, sino que también – con los falsos datos proporcionados – indujo a error al Tribunal Arbitral para obtener una resolución contraria a ley y a su favor (resolución con la que rechazó la recusación).

No obstante, en el extremo de la tipificación, no se aprecia ninguna subsunción de hecho en cuanto a los delitos denunciados. Precisamente, esto guarda relación con uno de los puntos cuestionados en la demanda de hábeas corpus formulado a favor de Fernando Cantuarias, en el sentido de que en el apartado de *“Fundamentos de Derecho”* el Fiscal demandado solo se limitó a indicar que *“el evento denunciado se encuentra previsto y sancionado por el artículo 438° y 416° respectivamente del Código Penal”*, sin verificarse alguna correspondencia entre los hechos imputados y los delitos denunciados.

Frente a esta omisión, procederé a brindar mi opinión si es que correspondía que el Fiscal demandado proceda a formalizar denuncia penal contra Fernando Cantuarias por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal. Debido a que en la imputación fiscal en ningún momento se realizó un análisis fáctico separado por cada delito denunciado, en el presente punto tendré en consideración la imputación general para abordar ambos tipos penales en cuestión.

En cuanto al delito de falsedad genérica, podemos observar que el núcleo de la falsedad recaería en que Fernando Cantuarias supuestamente habría afirmado que se alejó definitivamente del estudio jurídico de su padre en el año 1996, con lo cual no mantiene vínculo alguno con Enrique Lastres, Director de Compañía Minera Poderosa (cliente de la firma jurídica y en la que ejerció su defensa en un caso de manera puntual).

Bajo tal entendido, de manera particular considero que Fernando Cantuarias no expresó falsedad alguna, pues:

- La recusación formulada por Algamarca estaba referida a la supuesta relación que mantuvo Fernando Cantuarias con Enrique Lastres (representante de Sulliden y Directivo de INDMPE) cuando ejerció la defensa legal de Compañía Minera Poderosa en un proceso arbitral durante 1996, alegándose una supuesta “codefensa” o supervisión del caso por parte de Lastres (en ese entonces Director de Compañía Minera Poderosa) en dicha época.

---

<sup>94</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal*. (...). Ibidem, p. 398.

Teniendo en cuenta tal cuestionamiento, en sus descargos, Cantuarias se limitó a: (i) indicar que solo intervino como abogado en un caso de Compañía Minera Poderosa de manera limitada hace ocho años en 1996; (ii) negar cualquier relación de dependencia con Enrique Lastres; (iii) señalar que en junio de 1996 empezó a laborar en COFOPRI y, posteriormente, como decano de la UPC y árbitro en varios procesos; (iv) no mantiene ni mantuvo ningún vínculo con alguna de las partes del proceso arbitral que pueda afectar su imparcialidad; (v) no mantiene, ni mantuvo relación alguna con Enrique Lastres.

- En ese sentido, Fernando Cantuarias en ningún momento dijo que “se alejó de manera definitiva” del estudio jurídico de su padre, como alega la Fiscalía en la formalización de denuncia penal.
- Para ser precisos, en realidad indicó que desde junio del año 1996 dejó de laborar como abogado dentro de la referida firma legal, pues ingresó a COFOPRI y, de manera posterior, ejerció como decano de la UPC y árbitro en diversos procesos arbitrales en los que fue designado. De tal forma señala que *“mi experiencia profesional de los últimos ocho años, a la que se suma mi posición como Decano de una prestigiosa facultad de Derecho, es lo que me ha permitido y me permite participar exclusivamente como árbitro en decenas de procesos arbitrales, ya que difícilmente puedo estar ante un supuesto de dependencia o imparcialidad”*. (Puntos 14 y 15 de descargos).
- Él nunca negó ser accionista del Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados S.R.L. Incluso ratificó dicho hecho en sus segundos descargos (escrito del 09 de diciembre de 2004).
- Su condición de accionista de la firma legal incluso podía ser visualizado por las partes en Registros Públicos.

A esto hay que sumarle que cuando se expidió la Resolución N° 97 (mediante la que se declaró improcedente la nulidad de Algamarca), el Tribunal Arbitral indicó expresamente que *“ni el árbitro Doctor Fernando Cantuarias Salaverry ni este Tribunal Arbitral han afirmado que aquel no sea asociado de Cantuarias, Garrido Lecca y Mulanovich SCRL, una sociedad debidamente inscrita en los registros públicos, pues que la información de los integrantes de la sociedad resulta ser de pleno dominio público. (...) por lo que al ser, en consecuencia, de libre acceso la información contenida en los Registros Públicos sobre la participación minoritaria del árbitro Cantuarias en el Estudio de su señor padre, esta no se encuentra enmarcada dentro de las circunstancias a revelar por su parte”* (Fundamentos 4 y 5).

Esto es, de manera previa a la investigación fiscal, el propio Tribunal Arbitral ya había determinado que Fernando Cantuarias no había incurrido en alguna falsedad, lo cual refuerza la atipicidad de la imputación formulada en su contra<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> Incluso podría decirse que estamos ante la figura de “cosa juzgada civil”, de acuerdo al artículo 79 del Código Penal, en donde se dispone que: *“Se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulte que el hecho imputado como delito es lícito”*. Ello en la medida de que el Tribunal Arbitral ya determinó que Fernando Cantuarias no incurrió en falsedad alguna y que tampoco omitió con su deber de revelar información que pueda generar dudas justificadas sobre su imparcialidad.

Al respecto, en la Casación N° 1027-2016-ICA, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia precisó que el artículo 79 del Código Penal consagra la figura de la “cosa juzgada civil”, lo cual implica que si en sede civil se declara un hecho lícito, bajo ninguna circunstancia puede iniciarse un proceso en sede penal por el mismo hecho. La invocación de dicho precepto legal se plantea a través de una excepción de cosa juzgada. En el caso concreto la Corte expresamente terminó indicando que *“(…) el hecho, calificado de delictivo por el Ministerio Público: consignar una deuda inexistente en un contrato de cesión de derechos, empero, ha sido calificado de lícito por la jurisdicción civil. Por ende, no puede construirse un cargo penal sobre un hecho cuya licitud ya fue decidida por la jurisdicción civil. La excepción de cosa juzgada es fundada”* (Fundamentos 2 a 4).

De tal forma, podemos apreciar que Fernando Cantuarias en ningún momento incurrió en falsedades al momento de brindar sus descargos destinados a rechazar la recusación. En tal línea, no hay una simulación o alteración de la verdad mediante hechos o palabras, pues, en el acto cuestionado el recusado refutó los argumentos de Algamarca a través de afirmaciones veraces y objetivas.

A ello hay que agregar que no se aprecia un auténtico perjuicio, elemento exigible para la punibilidad del delito de falsedad genérica. En efecto, incluso en el escenario de que se considere que Fernando Cantuarias haya mentido en su escrito de recusación, no se logra apreciar que haya perjudicado a Algamarca, por los siguientes motivos:

- Al expedirse la Resolución N° 97, el Tribunal Arbitral advierte que las personas jurídicas son distintas de sus accionistas, por lo que resulta aventurado aseverar que Fernando Cantuarias tiene “relaciones permanentes de patrocinio legal” con Compañía Minera Poderosa por tener la calidad de socio en el estudio jurídico de su padre.
- En esa misma Resolución, el Tribunal Arbitral señala que incluso en el supuesto que se acepte la tesis de una relación no episódica, no se logra entender las razones para sostener la falta de imparcialidad de Fernando Cantuarias. Ello en la medida de que el Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados S.R.L. no tiene vínculo alguno con Sulliden, ni con su representante legal Enrique Lastres, pues este dejó de ser Director de Compañía Minera Poderosa en el año 2001 (tres años antes del pedido de recusación en el proceso arbitral).

Este último párrafo guarda especial relevancia, pues si Enrique Lastres no es Director de la empresa con la que se pretende vincular a Fernando Cantuarias, ¿cuál sería el supuesto interés del árbitro recusado dentro del proceso arbitral seguido entre Sulliden y Algamarca? ¿por qué Fernando Cantuarias favorecería a Sulliden si es que Enrique Lastres no es Director de Compañía Minera Poderosa desde 2001?

Al no poder obtenerse una respuesta concreta, incluso en el caso que se admita la tesis del Ministerio Público (en el sentido que supuestamente Cantuarias habría realizado una aseveración falsa), el Tribunal Arbitral de todos modos hubiera rechazado la recusación por Algamarca. Bajo otro escenario, en el supuesto que Fernando Cantuarias en sus primeros descargos hubiera dicho que tenía la condición de accionista minoritario del estudio jurídico de su padre, el Tribunal Arbitral también hubiera rechazado la recusación por Algamarca. Ello se evidencia de la Resolución N° 97 con la que se rechaza la nulidad deducida por Algamarca. Entonces, ¿cuál sería la relevancia de la (supuesta) mentira consignada por Fernando Cantuarias en sus primeros descargos? A mi entender, la aparente falsedad brindada por Fernando Cantuarias no tiene impacto alguno en el marco de la solicitud de recusación formulada en su contra.

Por tal motivo, no se verifica que Fernando Cantuarias haya ocasionado un perjuicio con la conducta imputada, razón adicional por la que considero que el Fiscal demandado no debió formalizar denuncia en su contra por el delito de falsedad genérica.

Ahora bien, considero que tampoco habían suficientes elementos para que el Fiscal demandado formalice denuncia penal por el delito de fraude procesal.

En primer término, se debe tener en cuenta que no se verifica que Fernando Cantuarias haya ejercido una conducta dirigida a inducir a error en el marco de la evaluación de la procedencia de la recusación formulada por Algamarca. Como señalé en el análisis del delito anterior, el árbitro recusado no profirió falsedad alguna en sus descargos iniciales, por que resulta imposible que haya engañado a los demás miembros del Tribunal Arbitral.

En efecto, él en ningún momento negó ser accionista del Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich, siendo además que tampoco señaló que “se apartó de manera definitiva” del estudio de su padre, como erróneamente indica el Fiscal demandado. Además de limitarse a negar los

cuestionamientos formulados por Algamarca, solo agregó que desde junio del año 1996 dejó de laborar como abogado dentro de la referida firma legal, al empezar a dedicarse a otro ámbito profesional. De ahí que no es posible afirmar que Fernando Cantuarias haya engañado e inducido a error a los demás miembros del Tribunal Arbitral, razón por la cual considero que no se comprobó esta conducta imprescindible para la configuración del delito de fraude procesal.

En el supuesto que se considere que Fernando Cantuarias sí indujo a error a los demás miembros del Tribunal Arbitral, la conducta imputada seguiría siendo atípica. Al respecto, se debe tener en cuenta que el supuesto medio fraudulento que habría empleado el árbitro recusado serían simples expresiones falsas insertadas dentro de un escrito que contenían sus descargos escritos. Siguiendo a nuestra doctrina – referenciada en el acápite anterior –, concuerdo que la mera afirmación de un hecho falso no puede ser considerado como un “medio fraudulento”, pues ello, por lo menos, debería estar acompañado por documentos o medios probatorios que sustenten sus declaraciones. Incluso la casuística de nuestra jurisprudencia nos permite apreciar que para la consumación del delito de fraude procesal se debe comprobar que se acompañe un documento falsificado.

En último lugar, se debe tener en cuenta un aspecto que a todas luces resulta evidente: en este caso no se aprecia el objeto del delito de fraude procesal. Como se anotó anteriormente, en un delito de esta naturaleza, la acción típica debe recaer sobre el funcionario público que va a resolver la controversia en el marco del proceso.

En el presente caso, la supuesta acción típica (inducción a error mediante medio fraudulento) habría sido ejercida por Fernando Cantuarias hacia los demás miembros del Tribunal Arbitral, quienes manifiestamente no pueden ser considerados como funcionarios públicos, de conformidad al artículo 425 del Código Penal<sup>96</sup>.

De lo expuesto se evidencia que la imputación formulada contra Fernando Cantuarias era atípica, razón por la cual considero que el Fiscal demandado no debió haber formalizado denuncia en su contra por los delitos en fraude procesal y falsedad genérica.

### **3. ¿Dentro del presente proceso constitucional correspondía amparar la demanda de hábeas corpus formulada a favor de Fernando Cantuarias Salaverry?**

Respecto al presente problema jurídico, se tiene como objeto analizar directamente la viabilidad de la demanda de hábeas corpus presentada por el demandante. Como se indicó en los antecedentes procesales, el señor Fernando Cantuarias inició un proceso constitucional de hábeas corpus para cuestionar la formalización de una denuncia penal formulada en su contra por parte del Fiscal demandado.

Para ello, postuló la demanda bajo la modalidad del hábeas corpus clásico o reparador, básicamente alegando que hubo una afectación al debido proceso durante la investigación preliminar, pues no se

---

<sup>96</sup> **Artículo 425. Funcionario o servidor público**

Son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

recabó su declaración indagatoria, se rechazaron los actos de investigación pretendidos por su defensa, no se reprogramó el informe oral que también fue solicitado por su abogado y no hubo una subsunción típica en la formalización de denuncia penal.

Asimismo, también formuló la demanda bajo la modalidad de hábeas corpus preventivo, alegando una amenaza a su libertad personal frente a la posibilidad inminente de que se inicie un proceso penal en su contra, en base a una fraudulenta formalización de denuncia penal efectuado por el Fiscal demandando. Ello en la medida de que durante dicho proceso se podrían dictar medidas cautelares que afecten su libertad o patrimonio.

En tal sentido, para brindar nuestra posición frente al problema jurídico identificado, de manera preliminar procederé a identificar los principales rasgos del proceso de hábeas corpus y de las dos modalidades - de dicha garantía constitucional - invocadas por el demandante.

### 3.1. El proceso de hábeas corpus

Los procesos constitucionales de libertad - como el hábeas corpus - tienen por finalidad brindar protección a las personas frente a un acto u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere u amenace sus derechos fundamentales. Como tales, son mecanismos procesales destinados a garantizar la supremacía de la Constitución Política (dimensión objetiva) y a proteger determinados derechos subjetivos en situaciones concretas (dimensión subjetiva)<sup>97</sup>.

En concordancia con ello, legislativamente se ha consagrado a los procesos constitucionales como aquellas vías que tienen como fin esencial garantizar la primacía de la Constitución Política y la vigencia de los derechos fundamentales, por lo cual, en caso de su procedencia, deberán reponerse las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de un derecho constitucional<sup>98</sup>.

El hábeas corpus es un proceso constitucional de libertad de origen anglosajón<sup>99</sup>, cuya concepción ha tenido un peculiar desarrollo en la mayoría de los países de Latinoamérica, en los que se ha recogido

---

<sup>97</sup> SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliana María. “La doble dimensión de los procesos constitucionales de libertad”. En: *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: IUS ET VERITAS, 2011, p. 12-25. Entre los procesos constitucionales de libertad se encuentran el proceso de hábeas corpus, el proceso de hábeas data y el proceso de amparo.

Asimismo, la autora precisa que si bien es muy notoria la dimensión subjetiva de los procesos constitucionales al procurarse la tutela de los derechos fundamentales de una persona, no se debe omitir que, a través de la dimensión objetiva, con aquellos tipos de procesos también se busca tutelar el propio ordenamiento constitucional. Esto último se logra apreciar cuando el Tribunal Constitucional emite sentencias que no solo resuelven el caso en concreto, sino que tienen un impacto mayor hacia nuestro ordenamiento (v.g.: Caso “Julia Arellano Serquén”).

#### <sup>98</sup> **Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional**

Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

#### **Artículo 1 del Código Procesal Constitucional**

Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. (...).

<sup>99</sup> La referida institución tuvo su origen en la jurisprudencia inglesa – con posterior consagración legal - en el siglo XIII, extendiéndose su influencia a las colonias inglesas tal como el territorio norteamericano. Se ejercitaba a través de las distintas modalidades de los *writs* (mandatos), los cuales tenían como objeto defender la libertad individual, siendo que a inicios del siglo XXI goza de mayor importancia el denominado *habeas corpus ad subjudiciendum*, cuyo propósito es liberar a las personas detenidas arbitrariamente o alejados de aquellos que tienen que ver legalmente con su detención.

Actualmente es notorio el reducido empleo y ámbito de acción del hábeas corpus en Reino Unido, advirtiéndose que ello no se debe a que la institución no cumpla su finalidad, sino que en realidad los países evolucionan y los derechos humanos empiezan a respetarse más que antes en dicha región. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. “El Habeas Corpus en América Latina: Antecedentes, Desarrollo y Perspectivas”. *Foro Jurídico*, Número 02 (2003),

dicha institución en sus normas supremas constitucionales como un proceso ágil y garantista, y con una cobertura muy amplia, como consecuencia del medio en los que ha tenido desenvolvimiento<sup>100</sup>. Ello lo convierte en un mecanismo trascendente propio de un Estado democrático, más aún si se tiene en cuenta que nuestra región se ha caracterizado por haber experimentado varios regímenes autoritarios que han cometido abusos en perjuicio de la libertad de sus ciudadanos.

De acuerdo a García Belaúnde, el hábeas corpus es un derecho instrumental, esto es, un conjunto de procedimientos medianamente articulados, con los cuales se pretende defender el derecho a la libertad individual. En tal sentido, propio de su carácter adjetivo, se debe rechazar cualquier tendencia que identifique al derecho (libertad individual) con su instrumento de defensa: no se puede sostener válidamente que existe el hábeas corpus si el ordenamiento no recoge expresamente un procedimiento expeditivo para la libertad individual. La simple enumeración del derecho, pues, no es suficiente<sup>101</sup>.

En cuanto al modelo peruano actual<sup>102</sup>, en la Constitución Política de 1993 se tiene previsto que el hábeas corpus procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos de cualquier sujeto<sup>103</sup>. De igual modo, cuenta con base normativa a nivel regional en el artículo 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>104</sup>.

---

pp. 145-146; GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. “El Habeas Corpus en América Latina. Algunos problemas y tendencias recientes”. *IUS ET VERITAS*, Número 09 (1994), p. 71.

<sup>100</sup> Ibidem, pp. 143-145. Dicha figura procesal llegó a América Latina en el siglo XIX por influencia de Inglaterra y de ahí se expandió notablemente. De manera específica, como aspectos característicos del hábeas corpus en nuestra región, el autor señala que: (i) en un inicio estuvo recogido en la ley penal y posteriormente en leyes especiales; (ii) su consagración, inclusive, se ha elevado a rango constitucional; y, (iii) en la mayoría de países tiene una cobertura muy amplia, encontrándose reconocido como un proceso ágil y garantista. En cuanto a esta última característica, por el contrario, en Argentina y Brasil – por ejemplo - se optó por mantener una figura más restringida y apegada al modelo inglés. Asimismo, el caso de México es singular: desde un inicio utilizó el amparo como un instrumento procesal para la defensa de varios tópicos, entre ellos, la defensa de los derechos individuales, como la libertad individual.

<sup>101</sup> Ibidem, p. 144.

<sup>102</sup> En cuanto a sus antecedentes, el Perú recoge dentro de su ordenamiento al hábeas corpus por primera vez a través de una ley en el año de 1897, teniendo consagración constitucional recién en el gobierno de Leguía en la Constitución de 1920, aunque limitada a la protección exclusiva de la libertad personal. En la Constitución de 1933 se consagró dicha institución y la amplió a la defensa de los derechos distintos a la libertad individual, siendo que algunos años después fue recogido estrictamente en el Código de Procedimientos Penales de 1940, circunscrito a la defensa de la libertad individual ante los jueces penales, por lo que fue denominado “habeas corpus penal”. Posteriormente, en el año 1968, el Decreto Ley N° 17083 reguló el procedimiento para proteger los derechos distintos a la libertad individual, siendo conocido como el “hábeas corpus civil”, al ser presentado ante los jueces civiles. La Constitución de 1979 también reguló el hábeas corpus, el cual procedía ante la “acción u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual”, teniendo posterior desarrollo en la Ley N° 23506 – “Ley de hábeas corpus y amparo” - promulgada en 1982 (complementada en 1992 con la Ley N° 25398) que recogía una cláusula enunciativa de derechos comprendidos por la libertad individual. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. “Los orígenes del hábeas corpus”. *Derecho PUCP*. Número 31 (1973), p. 59; CASTAÑEDA OTSU, Susana. *Hábeas corpus. Aspectos procesales relevantes: un análisis a partir de la jurisprudencia*. Segunda edición. Lima: Jurista Editores, 2017, pp. 78-88; ABAD YUPANQUI, Samuel. *Manual de Derecho Procesal Constitucional*. Primera edición. Lima: Palestra, 2019, pp. 123-125.

### <sup>103</sup> **Artículo 200 de la Constitución Política**

Son garantías constitucionales:

1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. (...).

### <sup>104</sup> **Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal**

(...).

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad

En cuanto a los derechos protegidos del hábeas corpus se encuentra la libertad individual y los derechos constitucionales conexos. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, en realidad la libertad individual como derecho fundamental materia de protección del hábeas corpus se constituye como un derecho continente que engloba una serie de derechos, siendo algunos de ellos enumerados enunciativamente en el artículo 25 del Código Procesal Constitucional, entre los que encontramos a la libertad personal<sup>105</sup>.

En el caso de la libertad personal - como derecho integrante de la libertad individual -, se encuentra reconocido en el numeral 24) del artículo 2° de la Constitución Política. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la protección a la libertad personal se limita a la libertad física y “*cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico*”<sup>106</sup>.

Siguiendo con una concepción amplia, en la actual Carta Magna, a diferencia de la Constitución de 1979, se dispone que a través del hábeas corpus también se tutela los derechos constitucionales conexos a la libertad individual, lo cual es reiterado en el último párrafo del Código Procesal Constitucional, en el que se reconoce expresamente al debido proceso y a la inviolabilidad de domicilio, como derechos conexos a la libertad individual.

De acuerdo a Landa Arroyo, dicha ampliación supone reconocer la existencia de un núcleo duro de derechos fundamentales ligados a la libertad individual, directamente tutelados por el hábeas corpus, tal como la libertad y seguridad personal, la integridad personal y la libertad de tránsito, los cuales suelen vulnerarse en conexión con otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, el derecho a la inviolabilidad de domicilio, la libertad de comunicación o el derecho al debido proceso sustantivo<sup>107</sup>.

Esto es propio de la concepción amplia del hábeas corpus, la cual ha sido admitida por el propio Tribunal Constitucional al rechazar la concepción restringida de dicho proceso constitucional. En esta última, el hábeas corpus exclusivamente se limita a la protección de la libertad personal y a un núcleo duro de derechos fundamentales que se concentran en torno a dicho derecho, tales como el derecho a la seguridad personal, libertad de tránsito y la integridad personal.

El Tribunal ha reiterado que, en aras del principio *in dubio pro homine*, no es razonable establecer un *numerus clausus* de derechos conexos a la libertad personal a efectos de su tutela, ni excluirlos a fin de su protección, pues muchas veces la libertad es vulnerada conjuntamente con otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, el derecho de residencia, el derecho a la libertad de comunicación e, inclusive, el derecho al debido proceso<sup>108</sup>.

---

de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

<sup>105</sup> Ver Fundamento N° 25 de la sentencia recaída en el Exp. 4780-2017-PHC-TC/Exp. N° 0502-2018-PHC (Caso “Ollanta Humana Tasso y Nadine Heredia Alarcón”).

<sup>106</sup> Fundamento N° 53 de la Sentencia del 21 de noviembre de 2007 (“Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador”). Concepción acogida también por Samuel Abad Yupanqui. ABAD YUPANQUI, Samuel. *Manual de Derecho Procesal Constitucional*. Primera edición. Lima: Palestra, 2019, p. 196.

<sup>107</sup> LANDA ARROYO, César. “Los procesos constitucionales en la Constitución peruana de 1993”. *IUS ET VERITAS*, Número 18 (1999), p. 19.

<sup>108</sup> Fundamentos N° 10 a 13 de la sentencia recaída en el Exp. 8123-2005-PHC-TC (Caso “Nelson Jacob Gurman”). Asimismo, en la sentencia recaída en el Exp. 05559-2009-PHC-TC (Caso “Giovanni Gamarra Puertas”), el Tribunal ha indicado que el hábeas corpus tiene una doble vertiente conceptual:

- (i) **Concepción clásica.** Restringida a la protección a la libertad sobre el atributo que los romanos llamaron *ius movendi et a landi* o lo que los anglosajones denominaron *power of locomotion*.
- (ii) **Concepción amplia.** Referido al reconocimiento de nuestro sistema normativo de un conjunto de derechos que no afectando de modo directo la libertad individual, sí lo hacen de manera colateral. En otras palabras,

En concordancia con ello, el artículo 25° del Código Procesal Constitucional contiene una lista enunciativa de diecisiete (17) derechos que conforman el contenido constitucionalmente protegido de la libertad individual, de cuya lectura se denota que la esfera de protección de dicho derecho constitucional no se limita a la clásica libertad ambulatoria. Asimismo, en su último párrafo se tiene previsto que también procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio.

Siendo ello así, resulta evidente que nuestro ordenamiento se ha inclinado por una concepción amplia del hábeas corpus, el cual tutela la libertad individual y sus derechos constitucionalmente conexos, estando varios de ellos reconocidos expresamente en el Código Procesal Constitucional, en concordancia con nuestra Constitución Política, los cuales pueden ser apreciados a continuación:

<b>Contenido de la libertad individual y materia de protección del hábeas corpus</b>	<b>Regulación normativa</b>
Derecho a la integridad personal y a no ser sometido a tortura, ni violentado para obtener declaraciones.	Arts. 25.1 CPC y 2.24.h Const.
Derecho a la no autoincriminación.	Art. 25.2 CPC
Derecho a no ser exiliado o desterrado.	Art. 25.3 CPC
Derecho a no ser expatriado ni separado del lugar de residencia.	Art. 25.4 CPC
Derecho de no ser expulsado del país a quien tiene asilo político.	Arts. 25.5 CPC y 36 Const.
Derecho a la libertad de tránsito.	Arts. 25.6 CPC y 2.11 Const.
Derecho a no ser detenido, salvo por las causas previstas en la ley (mandato motivado del juez y flagrancia). Si ha sido detenido, deberá ser puesto a disposición del juez dentro del plazo máximo legal.	Arts. 25.7 CPC y 2.24.f Const.
Derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar.	Art. 25.8 CPC
Derecho a no ser detenido por deudas, salvo que incurra en delito de omisión de asistencia familiar.	Arts. 25.9 CPC y 2.24.c Const.
Derecho a no ser privado del Documento Nacional de Identidad o pasaporte.	Arts. 25.10 CPC y 2.21 Const.
Derecho a no ser incomunicado.	Arts. 25.11 CPC y 2.24.g Const.
Derecho a ser asistido por un abogado defensor desde un inicio.	Arts. 25.12 CPC y 139.14 Const.
Derecho a no ser objeto de vigilancia o seguimiento policial injustificado.	Art. 25.13 CPC
Derecho a la excarcelación cuando la libertad ha sido declarada por el juez.	Art. 25.14 CPC
Derecho a la observancia del procedimiento de antejuicio.	Arts. 25.15 CPC y 99 Const.
Derecho a no ser objeto de una desaparición forzada.	Art. 25.16 CPC
Derecho del recluso o detenido de no padecer un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad durante su reclusión.	Art. 25.17 CPC y 139.21 Const.

---

la afectación de este otro derecho constituye un grado de injerencia tal en la esfera de la libertad, que resulta siendo objeto de protección a través de este proceso constitucional.



Derecho al debido proceso, lo cual comprende los principios de presunción de inocencia y de legalidad (derecho conexo a la libertad individual según el caso concreto).	Último párrafo art. 25 CPC y arts. 2.24.d, 2.24.e y 139.4 Const.
Derecho a la inviolabilidad de domicilio (derecho conexo a la libertad individual según el caso concreto).	Último párrafo art. 25 CPC y art. 2.9 Const.

[Elaboración del bachiller]

El ámbito de protección del hábeas corpus no queda limitado a lo dispuesto en el marco normativo, pues dicho contenido podrá ser extendido a través de la jurisprudencia emitida por la justicia constitucional. En cumplimiento de ello, el Tribunal Constitucional ha expedido diversas sentencias<sup>109</sup> mediante las que amplía la gama de derechos conexos a la libertad individual, a pesar de no encontrarse previstos en la lista contenida en el artículo 25° del Código Procesal Constitucional, tales como los derechos a la salud<sup>110</sup>, la propiedad<sup>111</sup>, la verdad<sup>112</sup>, libertad de expresión<sup>113</sup>, libertad religiosa<sup>114</sup> o al honor<sup>115</sup>, para lo cual siempre analizó el caso en concreto. Incluso, en un reciente pronunciamiento frente a un proceso de hábeas corpus, ha declarado que existe un estado de cosas inconstitucional respecto del hacinamiento de los establecimientos penitenciarios, para lo cual advirtió que dicha situación muchas veces pone en riesgo la afectación a los derechos a la vida, la integridad, la salud, el trabajo y a la educación de los reclusos<sup>116</sup>.

Vale precisar que, de acuerdo a un criterio reiterado por el Tribunal Constitucional<sup>117</sup>, para la tutela de un derecho conexo a través de un hábeas corpus tiene que exigirse adicionalmente la observancia de una amenaza o afectación a la libertad individual. Entonces, para activar dicho proceso constitucional no basta que el derecho constitucional afectado sea conexo a la libertad individual, pues tiene que acreditarse – por lo menos – que el hecho o la conducta cuestionada suponga un atentado contra este último<sup>118</sup>.

Por otro lado, el hábeas corpus debe ser conducido como un recurso rápido y sencillo<sup>119</sup>, y que sea efectivo ante los tribunales nacionales, a fin de que el afectado pueda ver amparado los derechos

<sup>109</sup> SOSA SACIO, Juan Manuel. “La libertad personal y los denominados derechos conexos”. En: *Los derechos fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. Lima: Gaceta Constitucional, 2010, pp. 341-342. Citado por: ABAD YUPANQUI, Samuel. Manual (...). Ibidem, p. 200.

<sup>110</sup> Fundamentos 12 al 14 de la sentencia recaída en el Exp. 05559-2009-PHC-TC (Caso “Giovanni Gamarra Puertas”).

<sup>111</sup> Fundamentos 2 al 4 de la sentencia recaída en el Exp. 1840-2004-HC-TC (Caso “Pedro Acuña Chipana”).

<sup>112</sup> Fundamento 14 de la sentencia recaída en el Exp. 2488-2002-HC-TC (Caso “Genaro Villegas Namuche”).

<sup>113</sup> Fundamentos 4 y 5 de la sentencia recaída en el Exp. 2262-2004-HC-TC (Caso “Carlos Ramírez de Lama”).

<sup>114</sup> Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Exp. 0256-2003-HC-TC (Caso “Francisco Francia Sánchez”).

<sup>115</sup> Fundamento 10 de la sentencia recaída en el Exp. 05490-2007-HC-TC (Caso “Elvito Rodríguez Domínguez”).

<sup>116</sup> Fundamentos 67 a 69 de la sentencia recaída en el Exp. 05436-2014-PHC-TC (Caso “C.C.B.”).

<sup>117</sup> Por ejemplo, ver sentencias recaídas en los Exp. 2722-2008-HC (Caso “Haydee Espinoza de Aldana”), Exp. 8696-2005-PHC/TC (Caso “Roger Montesinos Ayca”), Exp. 584-2008-PHC/TC (Caso “Yuri Galarreta Benel”), Exp. 2869-2008-PHC/TC (Caso “Elías Evangelista Rivera”), Exp. 476-2008-PHC/TC (Caso “José Velásquez Lazo”) y Exp. 1931-2008-PHC/TC (Caso “Roberto Oré Osco”).

<sup>118</sup> García Caveró se encuentra en contra de la posición del Tribunal Constitucional. De acuerdo con el autor, el habeas corpus debería proceder ante violaciones de derechos constitucionales que tengan vinculación con la libertad individual (conexidad de derechos), no debiéndose exigir violaciones a derechos constitucionales que violen además la libertad individual (exigencia indebida de conexidad entre violaciones). Según tal postura, por ejemplo, será procedente el hábeas corpus para cuestionar una resolución judicial indebidamente motivada que ordene el inicio de un proceso penal, sin que venga acompañada de una medida de coerción personal. GARCÍA CAVERO, Percy. “La relación de conexidad en los hábeas corpus conexos”. En: GARCÍA CAVERO, Percy (coordinador). *Anuario de Derecho Penal. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima: Universidad de Friburgo y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, pp. 131-142.

<sup>119</sup> **Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos**

tutelados por tal proceso constitucional. Precisamente por ello, el Código Procesal Constitucional dispone que la demanda puede presentarse verbalmente, por escrito o cualquier medio electrónico (artículo 27), no requiere el pago de una tasa (artículo 26), y, a su vez, diseña un proceso sin etapa probatoria (artículo 9) con reglas especiales dirigidas a su impulso (artículo 33<sup>120</sup>) y sin la exigencia del agotamiento de una vía previa o de la verificación de una vía judicial igualmente satisfactoria (artículo 5).

En concordancia con lo anterior, la legitimación activa es altamente amplio y flexible, a fin de garantizar la tutela efectiva de la libertad individual. Al respecto, la demanda puede interponerla la persona afectada o cualquiera en su nombre, sin necesidad de acreditar una representación ni firma de abogado, así como la Defensoría del Pueblo (artículo 26). Asimismo, pueden hacerlo los menores de edad, las personas jurídicas y los extranjeros<sup>121</sup>.

En cuanto al sujeto infractor respecto a la libertad individual o los derechos constitucionales conexos<sup>122</sup>, puede tratarse de:

- Cualquier autoridad o funcionario. Constitucionalmente se ha considerado como infractor de la libertad individual o derechos conexos, a las autoridades y funcionarios, concepto dentro del cual debe comprenderse a los servidores de la Administración Pública. Dentro del concepto de jueces se incluye a los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial: de ahí, la procedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales.
- Cualquier persona. Los comportamientos que afecten la libertad individual o los derechos conexos pueden provenir tanto de funcionarios públicos, como de los particulares. Los derechos fundamentales adquieren eficacia vertical – frente a los poderes del Estado y horizontal – frente a los particulares -, por lo que la procedencia del hábeas corpus se encuentra habilitado ante cualquier supuesto de privación o restricción de la libertad, independientemente de su origen.

Así por ejemplo, los casos de las hospitalizaciones forzosas en clínicas privadas para la desintoxicación de drogas, arresto ciudadano en flagrancia delictiva, pero en los que el ciudadano no cumple con poner al retenido a disposición de la autoridad policial.

Sobre las modalidades de las conductas cuestionadas, éstas pueden cometerse a través de las siguientes formas: **(i)** comisión, el cual sucede mayormente, estando referida a que el agresor ejecuta ilegalmente una acción que constituye una vulneración a la libertad individual; u **(ii)** omisión, situación que opera cuando el infractor arbitrariamente deja de realizar determinada acción que deviene en una vulneración al objeto de protección de la garantía constitucional del hábeas corpus. Esto último ocurriría cuando un Juez se excede del plazo máximo de la duración de un proceso penal, sin emitir la sentencia correspondiente en el marco de una causa en el que el imputado se encuentra privado de su libertad.

La conducta del sujeto infractor debe tratarse de una vulneración o amenaza a la libertad individual o los derechos constitucionales conexos, o, de lo contrario, no será merecedora de la habilitación de la justicia constitucional para su tutela. La vulneración se refiere a la transgresión, quebrantamiento o

---

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.  
(...).

<sup>120</sup> En el artículo 33 del Código Procesal Constitucional se establece, entre otras reglas que en el proceso de habeas corpus no cabe recusación (salvo por el afectado o quien actúe en su nombre), no se admiten excusas de los jueces ni sus secretarios y las actuaciones son improrrogables.

<sup>121</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel. *Manual* (...). Ibidem, p. 206.

<sup>122</sup> CASTAÑEDA OTSU, Susana. *Hábeas* (...). Ibidem, pp. 90-93.

violación de una ley o precepto, mientras que la amenaza se atañe a la intimidación dirigida sobre alguien con el anuncio de la provocación de un mal grave<sup>123</sup>.

Dentro de su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una tipología de hábeas corpus que comprende ocho modalidades. Debido a que no todos se relacionan con el objeto del informe, solo nos enfocaremos en dos de ellos: el hábeas corpus clásico y el hábeas corpus preventivo<sup>124</sup>.

### 3.2. El hábeas corpus clásico

El hábeas corpus clásico representa la modalidad inicial destinada a promover la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida. Si bien en su tipología se le ha denominado hábeas corpus “reparador”, es preferible que se le denomine como hábeas corpus clásico, pues en realidad todo proceso constitucional de libertad tiene como fin reponer las cosas al estado anterior de la violación, siendo que en este caso se logra con la libertad de la persona, mientras que en las otras modalidades la reparación se obtiene de otro modo<sup>125</sup>.

En estricto, su interposición se habilita cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de las siguientes medidas<sup>126</sup>:

- Orden policial.
- Mandato judicial - en sentido lato – emitido por un Juez penal, civil o militar.
- Decisión de un particular sobre el internamiento de un tercero en un centro psiquiátrico sin el previo proceso formal de interdicción civil.
- Negligencia penitenciaria cuando un condenado continúe en reclusión, pese a haberse cumplido la pena.
- Sanciones disciplinarias privativas de la libertad.
- Otras medidas similares.

Como señala Landa Arroyo, esta modalidad se emplea principalmente frente a aquellas afectaciones a la libertad individual en supuestos de detención arbitraria, esto es, cuando la detención no se ajusta a los supuestos contemplados en la Constitución: resolución judicial motivada y flagrancia delictiva<sup>127</sup>.

Normativamente, la presente variante se encuentra reconocida en el inciso 7) del artículo 25° Código Procesal Constitucional, en concordancia con el inciso f) del numeral 24) del artículo 2° de nuestra Constitución Política<sup>128</sup>, en donde se dispone que nadie podrá ser detenido, sino por mandato escrito y

---

<sup>123</sup> Ibidem, p. 94.

<sup>124</sup> Además de dichas modalidades, el Tribunal Constitucional ha reconocido el habeas corpus restringido (la libertad física es objeto de molestias), correctivo (corrige el trato indebido en prisión), traslativo (por cualquier tipo de mora que prolongue arbitrariamente la privación de libertad), instructivo (garantiza el derecho a no ser objeto de desaparición forzada), innovativo (intervención jurisdiccional cuando ha cesado la amenaza o violación para prevenir futuras conductas) y conexo (cuando se presentan situaciones no previstas en las otras modalidades).

<sup>125</sup> CASTAÑEDA OTSU, Susana. *Hábeas* (...). Ibidem, pp. 157-158.

<sup>126</sup> Fundamento 6 de la sentencia recaída en el Exp. N.º 2663-2003-HC/TC (Caso “Eleobina Aponte Chuquihuanca”).

<sup>127</sup> LANDA ARROYO, César. *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2018, p. 130.

<sup>128</sup> **Artículo 2.-** Toda persona tiene derecho:

(...).

**24.** A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

(...).

motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. En el caso que la persona haya sido detenida, deberá ser puesto a disposición del Juzgado competente dentro de las 48 horas o en el término de la distancia cuando corresponda, salvo que se trate de casos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y delitos de crimen organizado, escenario en el cual la detención preventiva podrá durar hasta 15 días naturales<sup>129</sup>.

Sin perjuicio de ello, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia con carácter de precedente vinculante, en virtud del cual precisó que si bien nuestro texto constitucional tiene previsto un plazo máximo de duración de la detención policial, la constitucionalidad de la medida queda sujeta a que no haya un exceso del plazo estrictamente necesario. El límite máximo de la detención debe ser establecido según las circunstancias de cada caso, tales como las diligencias necesarias a realizarse, la dificultad para realizar pericias o exámenes, el comportamiento del afectado con la medida, entre otros<sup>130</sup>.

En cuanto a los dos títulos habilitantes que sustentan una detención, primero se tiene contemplado el mandato escrito y motivado del Juez que ordena la privación de la libertad de un ciudadano, siendo que, en el ámbito penal, principalmente podría tratarse de una resolución judicial que declara fundada una medida de coerción personal en su máxima expresión (detención preliminar o prisión preventiva) o de una sentencia condenatoria con la que se imponga una pena privativa de libertad efectiva.

Si bien es posible cuestionar una resolución judicial a través de una demanda de hábeas corpus cuando se vulnera la libertad individual y la tutela procesal efectiva, esta debe encontrarse con grado de firmeza<sup>131</sup>.

En segundo lugar, la detención policial puede concretarse en caso de flagrante delito, respecto del cual el Tribunal Constitucional ha precisado que para ello se necesita verificar la existencia de inmediatez temporal (el delito se está cometiendo o se ha cometido instantes antes) y personal (el presunto delincuente se encuentra en el lugar de los hechos y vinculado al objeto o a los instrumentos del

---

f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. La detención no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones y, en todo caso, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas o en el término de la distancia.

Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y a los delitos cometidos por organizaciones criminales. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.

<sup>129</sup> En la Constitución de 1979 se disponía que un efectivo policial solo podía detener a alguien en caso de flagrancia o en ejecución de una orden judicial, agregando que “*en todo caso el detenido debe ser puesto, dentro de veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del Juzgado que corresponde*”. Durante la vigencia de dicho texto, el término “*en todo caso*” fue una excusa para sustentar una interpretación jurisprudencial que permitía a la policía a detener a una persona por cualquier motivo (sospechas, indocumentación, comisión de faltas), constituyendo ello una arbitrariedad. Afortunadamente en el actual texto constitucional se ha suprimido dicho término y el Tribunal Constitucional ha ratificado que una detención policial solo procede cuando se comete un delito flagrante. Ver: ABAD YUPANQUI, Samuel. *Manual* (...). Ibidem, pp. 196-197.

<sup>130</sup> Sentencia recaída en el Exp. N.º 06423-2007-HC/TC (“Caso Ali Ruiz Dianderas”). De acuerdo al Tribunal, un ejemplo es la prolongación injustificada de la privación de la libertad personal en aquellos casos en que se requiere únicamente actuaciones de mero trámite, o que las diligencias ya han culminado, o que de manera injustificada no se han realizado en su debida oportunidad, esperando efectuarlas a pocos minutos para su vencimiento o, inclusive, ya vencido el plazo preestablecido.

<sup>131</sup> **Artículo 4.- Procedencia respecto de resoluciones judiciales**

El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.

El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.  
(...).

delito)<sup>132</sup>. En todo caso, los supuestos de flagrancia ya han sido precisados por el artículo 259 del Código Procesal Penal, encontrándose dicho precepto legal vigente en todo el territorio nacional<sup>133</sup>.

### 3.3. El hábeas corpus preventivo

De acuerdo a la primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, el hábeas corpus preventivo *“podrá ser utilizado en los casos en que, no habiéndose concretado la privación de la libertad, existe empero la amenaza cierta e inminente de que ello ocurra, con vulneración de la Constitución o la ley de la materia”*<sup>134</sup>.

Se debe tener en cuenta, pues, que la propia Constitución refiere que el hábeas corpus no solo procede contra las conductas que vulneren la libertad individual o los derechos constitucionales conexos, sino también contra aquellos que supongan una amenaza hacia una privación de la libertad.

Asimismo, para que se configure dicha modalidad es imprescindible que los actos destinados a la privación de la libertad se encuentren en proceso de ejecución, razón por la cual la amenaza no deberá ser conjetural ni presunta. Así por ejemplo, no será procedente una demanda de hábeas corpus, en el caso que un particular demande a un efectivo policial que supuestamente, mediante llamadas telefónicas, lo amenaza constantemente con detenerlo arbitrariamente, sin acreditar tal afirmación, pues es necesario que la amenaza sea cierta y de inminente realización, *“conocida como verdadera, segura e indubitable, que se manifieste con actos o palabras que no dejen duda alguna de su ejecución y propósito e inminente y posible, esto es, que no deje duda sobre su ejecución en un plazo inmediato y previsible”*<sup>135</sup>.

Precisamente por ello, en el Código Procesal Constitucional se tiene previsto que la amenaza adquirirá dicho carácter siempre y cuando esta sea cierta y de inminente realización<sup>136</sup>. En concordancia con ello, el Tribunal<sup>137</sup> refiere expresamente que para determinar si el derecho a la libertad individual y los derechos constitucionalmente conexos son amenazados, se deben atender los siguientes criterios:

- a) La inminencia de que se produzca el acto vulnerador, es decir, que se configure un atentado a la libertad personal que esté por suceder prontamente o en vía de ejecución, no entendiéndose por tal a los simples actos preparatorios; y

<sup>132</sup> Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Exp. N.º 2096-2004-HC/TC (Caso “Eleazar Camacho Fajardo”).

<sup>133</sup> **Artículo 259 (con vigencia adelantada en todo el país desde el 01 de julio de 2009, según la Ley N.º 29372)** La Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando:

1. El agente es descubierto en la realización del hecho punible.
2. El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.
3. El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible.
4. El agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.

<sup>134</sup> Ver Fundamento N.º 6 de la sentencia recaída en el Exp. N.º 2663-2003-HC/TC (Caso “Eleobina Aponte Chuquihuanca”).

<sup>135</sup> Ídem. A fin de exponer el caso, el Tribunal hace referencia a una anterior sentencia recaída en el Exp. N.º 399-96-HC/TC (Caso “Patricia Garrindo Arcentales”).

<sup>136</sup> **Artículo 2.- Procedencia**

Los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización. El proceso de cumplimiento procede para que se acate una norma legal o se ejecute un acto administrativo.

<sup>137</sup> Ver Fundamento 1 de la sentencia recaída en el Exp. N.º 3173-2003-HC/TC (Caso “Jaime Arnaiz Figueroa”).

- b) que la amenaza a la libertad sea cierta, es decir, que exista un conocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad, dejando de lado conjeturas o presunciones.

Sobre ello, Landa Arroyo refiere que cuando se amenace de manera cierta y concreta la libertad personal, la libertad de tránsito o la integridad personal, será procedente un hábeas corpus preventivo, precisando que la amenaza real es un asunto casuístico, que deberá ser valorado por el Juez, teniendo en cuenta el principio a la presunción de inocencia, la interpretación extensiva de la defensa de la libertad y la interpretación restrictiva de la limitación de esta<sup>138</sup>.

### 3.4. Posición del bachiller

Como se señaló antes, Fernando Cantuarias presentó una demanda de hábeas corpus, a fin de que la justicia constitucional declare la nulidad de la formalización de denuncia penal. Dicha demanda de hábeas corpus fue propuesta bajo las siguientes modalidades:

- (i) Hábeas corpus clásico: El demandante consideró que la investigación llevada a cabo por el Fiscal demandado se desarrolló con absoluta prescindencia del respeto al derecho al debido proceso.
- (ii) Hábeas corpus preventivo: El demandante alegó una amenaza sobre su libertad individual y derechos constitucionales conexos, a raíz de la formalización de denuncia penal.

Al resolver el caso en concreto, en primer lugar, el Tribunal Constitucional desarrolla el concepto de hábeas corpus clásico, recordando que esta procede para obtener la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida. Así pues, expone que ello se presenta cuando se produce la privación arbitraria de la libertad física como consecuencia de una orden policial, de un mandato judicial, de una negligencia penitenciaria, de una sanción disciplinaria privativa de libertad, entre otros.

Al respecto, el Tribunal indica que la imposición de medidas coercitivas restrictivas de la libertad o derechos conexos son atribuciones que nuestro ordenamiento le ha conferido a los Jueces, mas no a los fiscales. Si bien la investigación fiscal puede concluir con la formalización de denuncia penal ante el Poder Judicial, la facultad de imponer dichas medidas (v.g.: comparecencia o detención preventiva) le corresponde a la instancia judicial, previa valoración del Juez competente.

Por tanto, dado que el procedimiento de investigación fiscal no incide directamente en una posible vulneración a algún derecho vinculado a la libertad individual, el Tribunal sostiene que las supuestas irregularidades realizadas por el Fiscal demandado no habilitan la interposición de un hábeas corpus correctivo, por lo que rechaza la tesis postulada por el demandante en ese extremo<sup>139</sup>.

A nuestra consideración, el razonamiento del Tribunal Constitucional en este extremo resulta acertado. Si bien es cierto la formalización de una denuncia penal puede venir acompañado del requerimiento de una medida coercitiva, la decisión de su imposición recae exclusivamente en el Juez penal, de conformidad a las atribuciones otorgadas por nuestra Constitución y la ley de la materia<sup>140</sup>.

Atendiendo al concepto de la modalidad clásica del hábeas corpus, no resulta posible concebir que la formalización de la denuncia penal – por más irregularidades que contenga - por sí misma constituya una afectación directa a la libertad personal de una persona en el marco de un proceso penal, pues ello no implica la privación de la libertad personal de un sujeto. Por tanto, el hábeas corpus clásico no se encuentra habilitado para cuestionar directamente la denuncia que formula el Fiscal ante el Poder Judicial cuando culmina la investigación preliminar.

<sup>138</sup> LANDA ARROYO, César. “Los procesos constitucionales (...)”. Ibidem, p. 20.

<sup>139</sup> Fundamento 34 al 37.

<sup>140</sup> En este extremo, solo podría advertir que en el nuevo modelo procesal el Fiscal sí puede disponer la conducción compulsiva cuando determinados sujetos no acuden a declarar para la investigación.

En segundo lugar, el Tribunal indica que el hábeas corpus preventivo procede ante el hecho u omisión que suponga una amenaza de que se pueda producir una vulneración a la libertad individual o derechos conexos. Reitera - pues ya existía un pronunciamiento previo al respecto – que para valorar la amenaza se debe comprobar: **(i)** la inminencia de que se produzca el acto vulnerador, es decir que se configure un atentado a la libertad personal que esté por suceder próximamente o en vía de ejecución (no simples actos preparatorios); y **(ii)** que la amenaza a la libertad sea cierta, es decir, que exista un conocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad (no simples conjeturas o presunciones).

El Colegiado continúa indicando que el Fiscal no tiene facultad de dictar medidas coercitivas a la libertad o derechos conexos, por lo que en principio no supondría una amenaza cierta e inminente a los mismos. Sin embargo, como aspecto novedoso señala que si bien la formalización (denuncia) fiscal no vincula al Juez – quien solo abrirá instrucción si considera que hay suficientes elementos de juicio constituyentes de un delito –, en cambio, se deberá tener en cuenta que el Juez podría ser inducido a error frente a una denuncia fiscal abiertamente arbitraria, dirigida a conseguir que el supuesto autor del hecho delictivo sea denunciado.

Arribada a dicha conclusión, el Tribunal considera que esto último no ha ocurrido en el presente caso y, por tanto, termina desestimando el hábeas corpus preventivo, bajo los siguientes fundamentos:

- La denuncia formalizada ha sido construida sobre la base de las investigaciones efectuadas por el Fiscal y los documentos proporcionados por la parte denunciante en la investigación fiscal (Algarmarca).
- La investigación fiscal no ha sido llevada a cabo “a escondidas”, pues el señor Cantuarias fue debidamente notificado (al menos en una oportunidad) respecto al procedimiento seguido en su contra.
- Teniendo en cuenta lo anterior, el supuesto afectado tuvo oportunidad de apersonarse al procedimiento de investigación fiscal, lo cual terminó realizando a través de su abogado, quien presentó escritos e incluso solicitó que se actuaran diversos medios probatorios.
- Si bien el Fiscal no actuó todos los medios probatorios solicitados por la defensa de Fernando Cantuarias, sí atendió su pedido en el extremo que se recabara la declaración de otros dos miembros del Tribunal Arbitral. Dicha diligencia no se llevó a cabo, pues ambos árbitros no asistieron a la primera citación efectuada por el Fiscal.
- Conforme a una solicitud previa de la defensa de Fernando Cantuarias, el Fiscal demandado citó a informe oral. Si bien la defensa solicitó la reprogramación de tal diligencia, no resulta desproporcionado que ante las pruebas merituadas y las constantes solicitudes de reprogramación, el Fiscal haya procedido a formalizar denuncia sobre la base de los elementos con los que contaba.
- La denuncia fiscal ha procedido conforme a las atribuciones que la ley le confiere. Agrega que si bien en el transcurso del proceso constitucional el Juez decidió abrir instrucción en contra de Fernando Cantuarias, se debe tener en cuenta que no ha dictado mandato de detención en su contra y que ha motivado debidamente el mandato de comparecencia restringida dictado en su lugar.

En mi opinión, la decisión final del Tribunal resulta acertada, en el sentido que correspondía rechazar el hábeas corpus preventivo planteado por el demandante. No obstante, no comparto los fundamentos con los que arribó a dicha conclusión, teniendo en consideración la verdadera naturaleza del hábeas corpus preventivo y los actos postulatorios del representante del Ministerio Público.

Al respecto, por más vicios que contenga la formalización de denuncia penal emitida por un Fiscal, tal situación no será suficiente para habilitar la interposición de una acción de hábeas corpus, en la medida que no se verifica una auténtica amenaza a la libertad individual o a un derecho constitucional conexo.

Es cierto que en la sentencia materia de análisis – y en muchos otros pronunciamientos – el Tribunal ha afirmado que al momento de abrir investigación o emitir disposiciones, el Fiscal encargado debe asegurarse que no se viole el derecho al debido proceso ni el principio a la interdicción a la arbitrariedad. No obstante, en innumerables pronunciamientos - posteriores al caso en concreto - también ha precisado que tales actos no configuran un agravio directo ni concreto de la libertad individual ni de sus derechos constitucionales conexos, pues las actuaciones del Ministerio Público son postulatorias y en ningún caso tienen carácter decisorio respecto a lo que resuelva el órgano jurisdiccional<sup>141</sup>.

Por el contrario, cierto sector de la doctrina ha considerado que cualquier acto del Fiscal durante la investigación preliminar que suponga una afectación al debido proceso, sí debería ser pasible de ser cuestionado a través de un proceso de hábeas corpus, dado que ninguna conducta puede quedarse exenta de control constitucional, más aún si como consecuencia de los actos de investigación preliminar se origina la formalización de denuncia penal, y en razón de ésta, el inicio del proceso penal, cuya finalidad es la condena o absolución del procesado, constituyendo ello una amenaza cierta e inminente a la restricción al pleno ejercicio de la libertad individual<sup>142</sup>.

Particularmente no me encuentro de acuerdo con esta última postura. En primer lugar, los actos u omisiones por parte del Fiscal que supongan una afectación al debido proceso durante la investigación preliminar no pueden habilitar *per se* la interposición de una acción de hábeas corpus, pues necesariamente tiene que existir una amenaza o violación a la libertad individual. Ello no implica que se deje en indefensión al presunto afectado, pues este siempre podrá acudir a la misma vía ordinaria (v.g.: control de plazo, tutela de derechos), o, incluso, a la justicia constitucional a través de un proceso de amparo, a fin de obtener la tutela del derecho lesionado.

Por otro lado, no debemos olvidar que la investigación preliminar es la fase más incipiente de una controversia en materia penal, en la cual, el Fiscal realiza los actos iniciales de investigación, a efectos de verificar la hipótesis supuestamente delictiva y la vinculación con el investigado. En el supuesto que el Fiscal formalice la denuncia penal en el antiguo modelo procesal, además se debe tener en cuenta que un proceso penal no se inicia automáticamente con dicho acto postulatorio, pues el Juez, previa audiencia, deberá comprobar que existe un grado de sospecha reveladora, esto es, la existencia de hechos básicos que sirvan racionalmente de indicios de una determinada conducta delictiva, mediante la presencia de elementos de convicción racionales con determinado nivel intermedio de acreditación y su vinculación con el denunciado (probabilidad de existencia de un delito)<sup>143</sup>.

Incluso, en el caso que el Juez ampare la pretensión de fiscal, si bien es cierto que un proceso penal podría culminar con la emisión de la sentencia condenatoria en contra del imputado, resultaría sumamente aventurado y desproporcionado alegar que la sola instauración de una causa penal necesariamente habilite la interposición de un hábeas corpus, teniendo en cuenta que: **(i)** no atenta contra la libertad individual; **(ii)** el imputado podría lograr la exclusión del proceso de manera previa a la emisión de una sentencia (v.g.: medio técnico de defensa, auto de sobreseimiento); **(iii)** para su inicio el Juez requiere verificar un grado de sospecha reveladora, mientras que para la emisión de una sentencia condenatoria se exige un grado de certeza más allá de toda duda razonable; y **(iv)** el proceso podría culminar con una sentencia absolutoria.

Dicha postura ha sido manifiesta cuando en un proceso de hábeas corpus el Tribunal se percató que la controversia recaía sobre actos postulatorios del Ministerio Público, por lo que tuvo que acudir a la

---

<sup>141</sup> Ver sentencias recaídas en el Exp. N.º 270-2013-PHC/TC (Caso “Blanca Paredes Córdova”), Exp. N.º 4052-2007-HC/TC (Caso “Fernando Zevallos Gonzales”), Exp. N.º 5773-2007-PHC-TC (Caso “Stojan Colakov”), Exp. N.º 2166-2008-PHC/TC (Caso “Amada Zapata Flores”), entre otras.

<sup>142</sup> PLACENCIA RUBIÑOS, Liliana. “El hábeas corpus contra actos de investigación preliminar”. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, pp. 213-215. Ver en: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/143798>

<sup>143</sup> Fundamento 24 de la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433, de fecha 11 de octubre de 2017.



figura de la reconversión de un proceso de hábeas corpus a uno de amparo, a fin de no generar un daño irreparable al supuesto afectado y pronunciarse sobre el fondo del problema, dejando claro que *“la revisión de los procesos de hábeas corpus, necesariamente debe involucrar una amenaza o afectación del derecho a la libertad individual o de algún derecho que presente conexidad directa con este derecho”* (Exp. N° 5811-2015-PHC, FJ19, Caso “Nadine Heredia Alarcón”).

Con ello no quiero decir que todos los actos del Ministerio Público carezcan de suficiente legitimidad para provocar la revisión de la controversia a través de un proceso de habeas corpus. En efecto, personalmente considero que existirán algunos supuestos en los que evidentemente los actos del Fiscal cuestionados tengan una vinculación directa con la libertad individual en el marco de una investigación preliminar, supuestos en los cuales sí será procedente la revisión del acto a través de dicho proceso constitucional, siendo algunos de tales escenarios los siguientes:

- El Fiscal no permite que el investigado ejerza su defensa mediante su abogado defensor. En estricto, el derecho a ser asistido por un abogado desde que una persona es citada o detenida por la autoridad policial se encuentra prevista en el numeral 12) del artículo 25° del Código Procesal Constitucional.
- El Fiscal dispone la conducción compulsiva de un imputado en la segunda citación, a pesar de que en la primera citación no fue válidamente notificado.
- Durante la declaración indagatoria, el Fiscal pretende obligar a que el investigado reconozca su culpabilidad. La proscripción de ello se encuentra expresamente previsto en el numeral 2) del artículo 25 del Código Procesal Constitucional.
- A fin de que concurra a declarar presencialmente ante el Despacho de la institución, el Fiscal cursa una citación testimonial a una persona enferma o que se encuentra en una situación imposible de comparecer, siendo ello contrario a lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 171 del Código Procesal Penal.

En concordancia con ello, al analizar la evolución de la jurisprudencia relativa a la procedencia del hábeas corpus contra decisiones fiscales, Abad Yupanqui señala que *“si bien un fiscal no está autorizado constitucionalmente para disponer la privación de la libertad de las personas, puede adoptar decisiones arbitrarias que vulneren o amenacen derechos fundamentales. Y dependiendo del caso en concreto, podría evaluarse la interposición de una demanda de hábeas corpus o de un proceso de amparo”*<sup>144</sup>. En otras palabras, considero que un acto emanado por un Fiscal sí podría motivar la interposición de una demanda de hábeas corpus en su modalidad preventiva, dependiendo del caso en concreto.

Ahora, ¿en el caso en particular existía una verdadera amenaza a la libertad individual a raíz de la formalización de la denuncia penal? Particularmente considero que no, pues no se advierten los elementos exigidos del hábeas corpus preventivo, en la medida que no existía una amenaza cierta e inminente hacia un atentado a la libertad del señor Fernando Cantuarias.

En primer lugar, no existía la inminencia en cuanto a la producción del acto vulnerador que suponga un atentado próximo en contra de la libertad personal. Como señalé anteriormente, la formalización de la denuncia penal es el ejercicio inicial de la acción penal del Ministerio Público ante la judicatura y por sí misma – por más irregularidades al debido proceso que se hayan cometido en la investigación preliminar - de ninguna manera puede significar la autorización para que el denunciado acuda al proceso constitucional de hábeas corpus: el juez requiere verificar un grado de sospecha reveladora para su instauración e, incluso, el inicio de un proceso penal (objetivo del fiscal a través de la formalización) por sí mismo no implica una afectación a la libertad individual.

---

<sup>144</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel. *Manual (...)*. Ibidem, p. 216.

La amenaza tampoco era cierta, pues de ninguna forma había certeza de que el Juez instructor iba a instaurar un proceso penal contra el denunciado, no siendo suficiente cualquier tipo de presunciones para afirmar que sí se ha configurado dicho elemento. Aceptar lo contrario implicaría negar la naturaleza del acto postulatorio del fiscal y asumir que el juez siempre aceptará cualquier tipo de pretensión del representante del Ministerio Público sin atender al debate contradictorio y a los medios de convicción – obrantes en el expediente judicial - que supuestamente vinculan al investigado con la comisión del delito.

Teniendo en cuenta ello, considero que el Tribunal – al igual que cuando analizó la procedencia del hábeas corpus clásico - debió haber declarado improcedente el hábeas corpus preventivo formulado por el demandante, sin siquiera analizar el fondo de la controversia, en tanto los hechos cuestionados no revestían las características propias de la modalidad de dicha garantía constitucional.

A pesar de que considero que el extremo de la demanda de habeas corpus preventivo también debió haber sido declarado improcedente, resultaría interesante abordar el pronunciamiento del Tribunal en el apartado que analizar si hubo o no una afectación al debido proceso en agravio de Fernando Cantuarias durante la investigación preliminar.

Cabe recordar que el Tribunal indicó que no se afectaron los derechos del Sr. Cantuarias que no hubo una “investigación a escondidas”, pues su abogado se apersonó desde un inicio en la investigación preliminar, dentro de la cual su defensa solicitó la actuación de determinados medios probatorios, los cuales fueron acogidos en un extremo por parte del Fiscal demandado (citó a los miembros del Tribunal Arbitral) y requirió la programación de informe oral que no se llevó a cabo frente a la ausencia del abogado defensor que pidió la reprogramación de dicha diligencia. El Tribunal precisó que se citó válidamente al menos en una oportunidad al investigado y que, si bien no se recabó su declaración, su defensa presentó descargos escritos.

Si se parte desde la perspectiva del antiguo modelo procesal penal, uno podría concordar parcialmente con la postura del Tribunal, en el sentido que no hubo una total indefensión hacia Fernando Cantuarias, en la medida que dicho sistema carece de una regulación precisa en cuanto a los derechos y garantías del sujeto investigado.

Ahora bien, cabe cuestionarse, ¿cómo se hubiera resuelto este último punto bajo la aplicación del nuevo Código Procesal Penal? De manera particular, creo que el caso se hubiera resuelto de manera distinta, advirtiendo una transgresión al debido proceso durante la etapa prejurisdiccional, a la luz de los derechos que le asiste al investigado y los mecanismos de protección con los que cuenta durante las diligencias preliminares. Procederé a enumerar las transgresiones en las que habría incurrido el Fiscal demandado teniendo en cuenta el actual sistema procesal, el cual cuenta con sus propias peculiaridades:

- Ausencia de disposición de inicio de la investigación: Si bien no se trata de un punto cuestionado en la demanda<sup>145</sup> ni abordado en la sentencia del Tribunal, de la lectura de los actuados de la investigación fiscal se advierte que no existe una Disposición de inicio de investigación preliminar.

Es necesario que todo Fiscal emita una Disposición de inicio de la investigación preliminar, en donde se fijen los hechos denunciados (bajo los parámetros de un nivel de “sospecha inicial simple”), el plazo de la investigación y el sujeto investigado (siempre que haya podido ser individualizado). Ante su ausencia, será evidente una falta de organización, estrategia y adecuada conducción de la investigación, lo cual es contrario al numeral 4) del artículo 65 del Código Procesal Penal<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> Este punto, de cierto modo, recién fue incorporado por Fernando Cantuarias en el Recurso de Agravio Constitucional, mas no en la demanda de hábeas corpus.

<sup>146</sup> **Artículo 65°.- La investigación del delito destinada a ejercitar la acción penal** (...).

4. El fiscal decide la estrategia de investigación adecuada al caso. Programa y coordina con quienes corresponda sobre el empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para la eficacia de la misma. La Policía Nacional

Cabe señalar que ante la ausencia de una imputación, también se estará afectando el derecho de defensa del imputado, pues este tiene derecho a que desde un primer momento se le comunique la imputación formulada en su contra, tal como se precisa en el numeral I) del artículo IX del Título Preliminar<sup>147</sup> y el inciso a) del numeral 2) del artículo 71<sup>148</sup> del Código Procesal Penal. En efecto, si a una persona no se le indica expresamente sobre qué se le investigando, ¿cómo podría ejercer adecuadamente su defensa?

- No haber recabado la declaración del investigado. El Tribunal en este extremo señaló que no hubo una “investigación a escondidas”, pues “*Cantuarias Salaverry fue debidamente notificado (al menos en una oportunidad) del procedimiento de investigación fiscal que se le seguía*” (FJ41), más aún si se tiene en cuenta que su abogado se apersonó a la investigación y presentó escritos.

El artículo 86 del Nuevo Código Procesal es claro en ese aspecto, en la medida que toda persona investigada, en cualquier etapa, tiene derecho a prestar declaración y ampliarla, a fin de ejercer su defensa y responder los cargos formulados en su contra.

Si bien es cierto existió una citación válida cursada hacia el Sr. Cantuarias Salaverry, como se señaló en la sentencia de primera instancia, se debe considerar que en el curso de la investigación preliminar se citó hasta en tres oportunidades a la parte denunciante, existiendo un evidente trato diferenciado entre las partes. Incluso corresponde advertir que el Fiscal demandado citó al Sr. Enrique Lastres hasta en cuatro oportunidades.

Esto guarda concordancia con el principio de igualdad de armas – conforme de la garantía al debido proceso – consagrado en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal<sup>149</sup>. De acuerdo a San Martín Castro, este principio implica que “*a las partes de un proceso se ha de conceder los mismos derechos, posibilidades, obligaciones y cargas, de modo tal que no quepan privilegios ni a favor ni en contra de alguna de ellas*”<sup>150</sup>. En consecuencia, considero que el Fiscal demandado afectó este principio al no acceder al pedido de reprogramación de la defensa de Fernando Cantuarias, más aún si se tiene en cuenta que se trata de un medio de defensa de todo investigado.

Incluso bajo el antiguo modelo procesal, considero que se debió haber accedido al pedido de reprogramación del investigado, pues el propio Tribunal Constitucional en la sentencia abordada (FJ32) señaló que las garantías previstas en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional “*serán aplicables a la investigación fiscal previa al proceso penal siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines*”. Bajo ese razonamiento, me inclinaría a indicar que al momento de resolver el caso, el propio Tribunal Constitucional ha incurrido en una contradicción al dar a entender que bastaba con verificar una sola notificación válida dirigida al Sr. Cantuarias, desconociendo el

---

brinda sus recomendaciones a tal efecto. Garantiza el derecho de defensa del imputado y sus demás derechos fundamentales, así como la regularidad de las diligencias correspondientes.

<sup>147</sup> **Artículo IX.- Derecho de Defensa**

1. Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra (...).

<sup>148</sup> **Artículo 71º.- Derechos del imputado**

(...).

2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a: a) Conocer los cargos formulados en su contra. (...).

<sup>149</sup> **Artículo I.- Justicia Penal**

(...).

3. Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.

<sup>150</sup> SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho* (...). Ibidem, p. 66.

derecho a la igualdad sustancial en el proceso, recogido expresamente en el artículo 4 de dicho cuerpo normativo.

- No acceder al pedido de la defensa referido a la realización de diligencias. El Fiscal demandado rechazó tácticamente los actos de investigación solicitados por la defensa del investigado, a saber: citación como testigos a los dos miembros del Tribunal Arbitral y a la secretaria arbitral; oficiar al Tribunal Arbitral para remisión de copias certificadas de actuados durante el trámite de recusación; y, oficiar a Compañía Minera Poderosa, a fin de que remita su estatuto y, de tal modo, determinar si un Director cuenta con la facultad de decidir la contratación de un abogado externo.

Esta conducta fue convalidada por el Tribunal Constitucional al señalar que “*el fiscal (...) atendió a su pedido en el extremo en el que solicitó se recabara la declaración indagatoria de los otros dos miembros del tribunal arbitral. Finalmente, esta diligencia no se llevó a cabo porque ambos árbitros solicitaron una reprogramación, lo cual no tuvo lugar pues el fiscal no realizó una nueva citación*”.

Como se señala en el inciso 5) del artículo 84 del Código Procesal Penal, el abogado del imputado puede aportar los medios de investigación y de prueba que considere pertinente. Al respecto, Cubas Villanueva refiere que los actos de investigación pueden provenir de la parte acusadora o de la defensa, siendo que en el primero de los casos “*están dirigidas a acreditar la inexistencia del hecho, o su falta de tipicidad, o de participación del imputado, o la concurrencia de alguna causa de extinción de responsabilidad penal; o la inocencia del procesado y a provocar el sobreseimiento del proceso*”<sup>151</sup>.

En consecuencia, el derecho de defensa en su vertiente consagrada en el numeral 1) del artículo IX del Código Procesal Penal<sup>152</sup> se ve afectado, pues a la defensa del investigado no se le permitió intervenir en plena igualdad en la actividad probatoria. Esto es más evidente si se tiene en cuenta que el Fiscal desde un comienzo sí accedió a realizar los actos de investigación solicitados por Algamarca (parte denunciante), referidos a citar al Sr. Enrique Lastres y a los otros dos miembros del Tribunal Arbitral, sin objeción alguna.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional advierte que el Fiscal no rechazó todos los actos de investigación, pues sí citó a los otros dos miembros del Tribunal Arbitral en calidad de testigos. Considero que este es un razonamiento erróneo del Tribunal, pues no advierte que en realidad citó a dichos miembros por un requerimiento de Algamarca.

Asimismo, se olvida que los miembros del Tribunal Arbitral habían pedido la reprogramación de su diligencia, pedido que fue omitido por parte del Fiscal demandado. En cambio, al representante del demandante y al Sr. Lastres sí se les citó en varias oportunidades, por lo que cabe cuestionarse por qué hay un trato diferenciado.

---

<sup>151</sup> El autor también señala que el derecho de defensa “*constituye la espera intangible que tiene todo ciudadano de defenderse de los cargos que se le imputan (...); ese derecho se ejerce presentando alegaciones, pruebas y contradiciendo los cargos que se imputen*”. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso (...)*. Ibidem, pp. 69 y 326. Por otro lado, San Martín Castro consagra como manifestación del derecho de defensa material el derecho a utilizar los medios de prueba de prueba pertinente, en virtud del cual “*el imputado puede interponer solicitudes de investigación y de prueba, que deben ser admitidas y practicadas*”. SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho (...)*. Ibidem, p. 130.

<sup>152</sup> **Artículo IX.- Derecho de Defensa**

1. Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala. (...).

Por tal motivo, considero que debió disponer la reprogramación de los miembros del Tribunal Arbitral (así como disponer los otros actos de investigación solicitados), en la medida que se trataban de actos que - de acuerdo al abogado de Cantuarias - resultaban relevantes para su tesis de defensa y que hubieran coadyuvado al esclarecimiento de los hechos denunciados.

- No realizar una subsunción típica de los hechos denunciados. Por otro lado, hay un defecto procesal que no fue examinado por el Tribunal Constitucional en la sentencia, a pesar de ser un punto cuestionado en la demanda de hábeas corpus: la falta de subsunción del hecho en los tipos penales por parte del Fiscal al momento de formalizar la denuncia penal.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema emitió la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. 956-2011-UCAYALI, estableciendo como precedente vinculante lo relativo al principio de imputación necesaria, indicando que ello es una manifestación del principio de legalidad y del derecho de defensa, reconocidos en nuestra Constitución Política. Después de brindar algunos alcances de tal principio, en dicho pronunciamiento la Corte Suprema agregó que en el caso concreto “*no se evidencia labor de imputación necesaria eficiente, al tratarse de la formulación genérica de cargos, sin precisiones ni mucho menos una adecuada subsunción de las conductas incriminadas, lo que podría implicar la declaración de nulidad de la sentencia (...)*” (Punto VII del FJ3).

Como señalé al momento de desarrollar el segundo problema jurídico, considero que el representante del Ministerio Público omitió realizar esta labor, pues simplemente se limitó a reproducir el texto de los delitos de falsedad genérica y fraude procesal – contemplados en el Código Penal - en los que supuestamente habría incurrido el árbitro denunciado, sin realizar la subsunción fáctica correspondiente.

De lo anotado, bajo la perspectiva del nuevo modelo procesal penal, considero que sí hubo una afectación de los derechos del Sr. Fernando Cantuarias por parte del Fiscal demandado en el marco de la etapa prejurisdiccional y al momento de ejercitar la acción penal ante el Juez penal. No obstante, mantengo mi posición de que de igual forma debió declararse improcedente la demanda de habeas corpus, en la medida de que no se verifica una auténtica amenaza o afectación a su libertad individual, no habiendo correspondencia entre el ámbito afectado demandado y la naturaleza de este proceso constitucional.

Hay un último aspecto que quisiera abordar antes de concluir este apartado: en el mismo escenario, bajo la vigencia del nuevo Código Procesal Penal, ¿qué alternativas hubiera tenido el denunciado Fernando Cantuarias dentro de la investigación fiscal para salvaguardar sus derechos afectados?

En primer término, respecto a los actos de investigación y al pedido de reprogramación de declaración del denunciado Cantuarias Salaverry rechazados tácitamente por el Fiscal demandado, su defensa hubiera podido invocar la tutela de inadmisión de diligencias sumariales ante el Juez de investigación preparatoria, de acuerdo a lo previsto en el numeral 5) del artículo 337 del Código Procesal Penal. Partiendo de que se tratan de actos útiles y pertinentes que hubieran permitido coadyuvar al esclarecimiento de los hechos denunciados, y en virtud del principio de igualdad de armas en concordancia con el derecho a la defensa, considero que el órgano jurisdiccional habría tenido que amparar la solicitud de la defensa.

En cuanto a la ausencia de la Disposición de inicio de la investigación, soy de la opinión de que la defensa de Fernando Cantuarias hubiera podido requerir una tutela de derechos ante el Juez de garantías, pues ello no solo revela que el Fiscal no ha materializado una adecuada estrategia para cumplir con los fines de la etapa prejurisdiccional, sino también que no se ha precisado la imputación que es objeto de investigación. En tal sentido, al no conocer qué cargos le son formulados preliminarmente en su contra, no habría un ámbito delimitado sobre el cual pueda defenderse desde un inicio.

Respecto al cuestionamiento de la propia formalización de la investigación preparatoria, al amparo el numeral 4) del artículo 71 del Código Procesal Penal, la tutela de derechos podría ser la vía adecuada<sup>153</sup> para que Fernando Cantuarias cuestione la deficiente imputación formulada en su contra. Cabe recordar que al momento de formalizar, no queda claro por qué razones el Fiscal ejerció acción penal contra el investigado por los tipos penales de falsedad genérica y fraude procesal, en el sentido de que no se realizó un juicio de subsunción mínimo.

Por tal razón y de conformidad a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional previamente mencionados, hay una vulneración al principio de imputación necesaria: los hechos imputados son relativamente imprecisos y oscuros, en el sentido de que no se ha explicado por qué el relato incriminatorio se subsume dentro de los delitos de fraude procesal y falsedad genérica. Era necesario que, al menos, el Fiscal relacione los principales elementos típicos de cada tipo penal denunciado con el correspondiente relato fáctico.

Por otra parte y aún en el escenario de que el Código Procesal Penal se hubiere encontrado vigente, ¿qué opción tenía el Fiscal demandado frente a la renuencia del investigado a declarar en sede fiscal? En el nuevo modelo procesal se le atribuye expresamente al Fiscal poderes coercitivos mínimos, dado que le autoriza a disponer la conducción compulsiva de los imputados, testigos y peritos para recabar sus declaraciones en el desarrollo de la investigación fiscal.

Teniendo en cuenta esto último, de conformidad a los artículos 66<sup>154</sup>, 122<sup>155</sup> y 337<sup>156</sup> del Código Procesal Penal, durante la etapa prejurisdiccional el Fiscal demandado hubiera tenido la opción de disponer la conducción compulsiva del Sr. Fernando Cantuarias a fin de recabar su declaración en el supuesto de que hubiera seguido persistiendo con la negativa a asistir a la fecha programada.

#### **4. ¿Incide la naturaleza jurídica del arbitraje para determinar si los laudos pueden ser sometidos a control constitucional mediante acción de amparo?**

Como se desprende de la sentencia del Tribunal Constitucional, dentro de su estructura se consideró necesario efectuar un análisis de la viabilidad del control constitucional de un proceso arbitral. Para ello, el Tribunal dedicó varios fundamentos jurídicos para definir las características y la naturaleza jurídica del arbitraje [*“1.2. Naturaleza y características de la jurisdicción arbitral”*, FJ5-14].

---

<sup>153</sup> Cabe señalar que en la Casación N° 814-2015-JUNIN (FJ6 a FJ8) y en la Casación N° 392-2016-AREQUIPA (FJ15 a FJ17), la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema precisó que cuando se vulnera el principio de imputación necesaria la vía adecuada es la tutela de derechos y no la excepción de improcedencia de acción.

<sup>154</sup> **Artículo 66°.- Poder coercitivo**

1. En caso de incomparecencia a una citación debidamente notificada bajo apercibimiento, el Ministerio Público dispondrá la conducción compulsiva del omiso por la Policía Nacional.

2. Realizada la diligencia cuya frustración motivó la medida, o en todo caso, antes de que transcurran veinticuatro horas de ejecutada la orden de fuerza, el Fiscal dispondrá su levantamiento, bajo responsabilidad.

<sup>155</sup> **Artículo 122°.- Actos del Ministerio Público**

(...).

2. Las Disposiciones se dictan para decidir: a) el inicio, la continuación o el archivo de las actuaciones; b) la conducción compulsiva de un imputado, testigo o perito, cuando pese a ser emplazado debidamente durante la investigación no cumple con asistir a las diligencias de investigación; (...).

<sup>156</sup> **Artículo 337°.- Diligencias de la Investigación Preparatoria**

(...).

3. El Fiscal puede:

a) Disponer la concurrencia del imputado, del agraviado y de las demás personas que se encuentren en posibilidad de informar sobre circunstancias útiles para los fines de la investigación. Estas personas y los peritos están obligados a comparecer ante la Fiscalía, y a manifestarse sobre los hechos objeto de investigación o emitir dictamen. Su inasistencia injustificada determinará su conducción compulsiva;

(...).

Solo tras brindar determinados lineamientos generales sobre la institución arbitral y sus límites, recién determinó que es viable un control constitucional contra los laudos arbitrales [“1.3. *Criterios para el control constitucional de las resoluciones arbitrales*” y “1.4. *Relaciones con la función jurisdiccional: supuesto constitucional de excepción y la apreciación de razonabilidad*”, FJ15-23].

En tal sentido, en el presente apartado enfocaré mi análisis sobre las siguientes controversias directamente dilucidadas en la sentencia del Tribunal Constitucional, a saber: ¿cuál es la naturaleza jurídica del arbitraje? y, asimismo, ¿es viable el proceso constitucional de amparo contra un laudo arbitral?

Solo tras resolver tales cuestiones previas, podré abordar un problema jurídico relacionado a las cuestiones jurídicas referidas anteriormente, formulada a través de la siguiente interrogante: ¿es importante definir la naturaleza jurídica del arbitraje para determinar si los laudos son pasibles de ser sometidos a control constitucional mediante acción de amparo?

#### 4.1. Breves apuntes sobre el arbitraje

En cuanto a su definición, de acuerdo con Guzmán-Barrón Sobrevilla, el arbitraje es un medio alternativo de solución de controversias que consiste en poner voluntariamente en manos de un árbitro la solución de un conflicto, comprometiéndose las partes a respetar la decisión que aquel emita<sup>157</sup>.

Las características principales del arbitraje son las siguientes<sup>158</sup>:

- Es un medio alternativo de solución de controversias.
- Tiene carácter heterocompositivo, en la medida que los árbitros – en calidad de terceros - son los que resuelven las controversias.
- Si bien los árbitros pueden ser escogidos por las partes, los mismos son independientes e imparciales, sin tener preferencia por el que los escogió.
- Los árbitros se encuentran facultados para resolver las controversias, debido a las competencias conferidas por las partes en el convenio arbitral.
- El debido proceso arbitral es autosuficiente y distinto al debido proceso judicial.
- Los árbitros plasman la solución de la controversia mediante el laudo arbitral, el cual es definitivo y vinculante.

Al tratarse de una vía que depende exclusivamente de la voluntad de las partes, los privados e inversionistas se ven atraídos por la opción del arbitraje, a fin de someter cualquier controversia que se deriven de sus relaciones jurídicas. Entre los principales beneficios del arbitraje, podemos identificar los siguientes:

- Celeridad: por lo general, el arbitraje dura menos que un proceso judicial, debido a la ausencia de sobrecarga de procesos y a la flexibilidad del proceso arbitral<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. *Arbitraje comercial nacional e internacional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, p. 29.

<sup>158</sup> SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes? El debido proceso en sede arbitral”. *IUS ET VERITAS*, Número 37 (2006), p. 42; GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. (...). Ídem.

<sup>159</sup> GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. *Arbitraje* (...). Ibidem, p. 39.

- Flexibilidad: en relación a lo anterior, el arbitraje se rige por la flexibilidad de sus actuaciones, lo cual responde mejor a las necesidades de las partes. Se descarta el procedimiento ritualista y preclusivo de la justicia ordinaria<sup>160</sup>.
- Especialización: supone el mayor conocimiento de los árbitros – en general - respecto a las materias que son susceptibles de dilucidarse en el arbitraje. En la medida de que la economía se ha hecho más compleja y se ha globalizado, en determinados sectores económicos se ha creado una racionalidad que muchas veces no es entendido por la justicia común, pues se requiere conocimientos muy específicos que, por el contrario, sí puede ser abarcado por los árbitros<sup>161</sup>.
- Medida de descongestionamiento: ofrece una alternativa para descongestionar – relativamente – la carga laboral que mantienen los tribunales de justicia<sup>162</sup>.

De acuerdo al numeral 1) del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje -, pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley, tratados o acuerdos internacionales autoricen. La ley ha acogido un criterio positivo, en virtud del cual se permite a las partes someter a arbitraje los conflictos sobre derechos que la ley pone bajo su dominio, esto es, derechos respecto de los cuales las partes tienen la autoridad de disponer libremente<sup>163</sup>.

Finalmente, entre los principales principios que rigen el arbitraje tenemos los siguientes:

- a) Principio de no interferencia: El presente principio se deriva del numeral 2) del artículo 139 de la Constitución en el sentido de que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes en el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones.

En estricto, como señala Santistevan de Noriega, esto faculta a los árbitros a seguir con la función arbitral, impidiendo que terceros puedan interferir en el proceso o evitando que prosperen intentos para paralizar el proceso arbitral en trámite<sup>164</sup>.

- b) Principio “kompetenz-kompetenz”: En virtud de este principio, los árbitros se encuentran facultados para resolver cualquier cuestionamiento a su propia competencia antes de la emisión del laudo, descartando la intervención del fuero ordinario para decidir sobre ello. En cualquier caso, el control

<sup>160</sup> Ídem.

<sup>161</sup> REMÓN PEÑALBER, Jesús. “Jesús Remón sobre las ventajas del arbitraje”. Entrevista realizada por Fabio Nuñez del Prado a través del portal Enfoque Derecho a Jesús Remón Peñalber. Fecha de subida: 28 de agosto de 2017. Ver en: <https://www.youtube.com/watch?v=SS7vhxxHr-A>

<sup>162</sup> MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. “El derecho de arbitraje peruano”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, Número 102 (2003), pp. 97-110. Ver en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13376/12642>

Particularmente, considero que dicha característica es relativa, pues como acertadamente advierte Fernando Cantuarias, en estricto, el arbitraje no genera una auténtica reducción de la carga laboral del Poder Judicial, en la medida que los órganos jurisdiccionales ordinarios exclusivamente atienden procesos constitucionales, procesos de familia, asuntos penales, entre otras materias que no son de libre disposición. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “*Fernando Cantuarias sobre las deficiencias del sistema arbitral*”. Entrevista realizada por Enfoque Derecho a Fernando Cantuarias Salaverry. Fecha de subida: 08 de setiembre de 2017. Ver en: <https://www.youtube.com/watch?v=eX7FCF7mcu4&t=421s>

<sup>163</sup> CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y CHIPANA CATALÁN, Jhoel. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Primera Parte. Volumen 25. Lima: ECB Ediciones; Centro de Análisis y resolución de conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, pp. 57-59. Al momento de explicar qué se debe entender sobre la “libre disposición”, los autores se inclinan por el aspecto patrimonial, en el sentido de que si el objeto de una controversia es de carácter patrimonial, entonces, es arbitrable. Asimismo, en la obra se señala que en la anterior ley de arbitraje regía el criterio negativo: era excluyente y cerrado, en la medida de que la norma sancionaba una lista de derechos sobre los que las partes se encontraban prohibidas de recurrir a la vía extrajudicial del arbitraje en caso de una controversia.

<sup>164</sup> SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”. *Revista peruana de arbitraje*, Número 2 (2006), p. 41.



jurisdiccional será posible a través del recurso de anulación de laudo, aunque con posterioridad a la emisión final de los árbitros.

Si este principio no existiera, bastaría que una de las partes alegue la supuesta nulidad del convenio arbitral a fin de impedir el inicio del proceso arbitral, al invocar la intervención del Poder Judicial para resolver dicho cuestionamiento. De ahí la importancia de este mandato máximo: el árbitro decidirá primero (*ex ante* a la emisión del laudo) sobre su competencia sin que se permitan procedimientos paralelos judiciales sobre lo mismo. Esto resulta un escenario ventajoso para las partes, en cuanto le brinda efectos a su decisión de acudir al arbitraje (eficacia) y favorece la resolución célere de la controversia (eficiencia)<sup>165</sup>.

- c) **Principio de separabilidad del convenio arbitral:** En virtud de este principio se mantiene incólume al convenio arbitral, a pesar de que se declare la invalidez del contrato que lo contiene. De tal manera, se reconoce la plena independencia de ambos.

El presente principio tiene relación con el anterior, en la medida que si es el propio Tribunal al que le corresponde determinar su propia competencia, entonces también será importante distinguir como actos jurídicos y separables al convenio arbitral del contrato que lo contiene: el árbitro tendrá la facultad de determinar la validez de tal contrato, sin afectar la existencia del convenio arbitral<sup>166</sup>. De tal forma, el árbitro podrá pronunciarse sobre la nulidad del contrato sometido en arbitraje, liberándose del riesgo que, al hacerlo, ello afecte necesariamente su propia competencia para resolver el caso, rompiendo el círculo vicioso<sup>167</sup>.

Es importante precisar que el legislador ha positivizado estos lineamientos máximos en la Ley de Arbitraje, por lo que es destacable la solidez que se le ha otorgado a la institución arbitral, a raíz de la regulación expresa de los referidos principios en la norma de la materia<sup>168</sup>.

---

<sup>165</sup> BULLARD GONZALEZ, Alfredo. “¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación”. *Revista internacional de arbitraje*, (diciembre, 2013), p. 70. Ver en: <https://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2013/11/ALFREDO-BULLARD.pdf>

<sup>166</sup> SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Arbitraje (...)”. Ibidem, p. 43.

<sup>167</sup> BULLARD GONZALEZ, Alfredo. ¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? (...). Ibidem, p. 71.

<sup>168</sup> **Artículo 3.- Principios y derechos de la función arbitral**

1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.
2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.
3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.
4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

**Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.**

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.
2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral. (...).

## 4.2. La naturaleza jurídica del arbitraje

Para entender al arbitraje, doctrinalmente se han desarrollado distintas teorías que tratan de abordar su naturaleza jurídica. Sin perjuicio de la postura adoptada por el Tribunal Constitucional de nuestro país, a continuación procederé a exponer las principales características de cada una, así como las críticas formuladas en su contra.

### 4.2.1. La teoría contractual

Mediante la teoría contractual se consagra al arbitraje como un contrato, cuyo origen y regulación recae únicamente en la voluntad de las partes, con lo cual se niega cualquier necesidad de delegación o autorización estatal para su existencia.

Bullard González respalda esta teoría al indicar que con el arbitraje se inició la administración de justicia, por lo cual en realidad dicha institución no tiene un origen estatal, sino privado. Al respecto, refiere que *“decíamos que el arbitraje es, finalmente un contrato. Lo que llamamos proceso arbitral no es otra cosa que la ejecución de ese contrato. Su origen es el acuerdo y no la delegación del Estado para administrar justicia, pues es falsa la percepción según la cual el origen de la justicia es estatal. Fue, como hemos dicho, privada y luego el sistema jurídico pretendió estatizarla. Por eso más que una delegación de una justicia estatal, el arbitraje es el retorno al origen privado del sistema de solución de controversias”*<sup>169</sup>.

No obstante, como señalan Cantuarias Salaverry y Repetto Deville, el principal problema con la presente teoría es que soslaya que el arbitraje también depende del reconocimiento estatal: si el arbitraje no tuviera el respaldo del Estado, el laudo no tendría otro valor que el de un mero contrato. Por tanto, acertadamente dichos autores señalan que *“sin el respaldo del Estado, estamos seguros que las actuaciones arbitrales difícilmente culminarían en un laudo. En efecto, no es difícil imaginar que una de las partes iría al Poder Judicial cada vez que quisiera paralizar el arbitraje”*<sup>170</sup>.

En ese sentido, otra línea crítica afirma que ninguna sustracción a la jurisdicción estatal tendría efectos prácticos si ello no estuviera autorizado por el Estado, pues si este prohibiera al arbitraje, sus actuaciones carecerían de efectos. Entonces, el ganador del proceso arbitral jamás podría hacer valer un derecho que se encuentra proscrito por el ordenamiento jurídico<sup>171</sup>.

### 4.2.2. La teoría jurisdiccional

Esta corriente postula que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, al ser una jurisdicción delegada y autorizada estatalmente, siendo que el convenio arbitral produce efectos únicamente por la voluntad del propio Estado y su *ius imperium*<sup>172</sup>. En consecuencia, *“el arbitraje no depende de la voluntad de las partes, sino de la voluntad del Estado”*<sup>173</sup>.

Asimismo, bajo esta perspectiva, es un mecanismo de solución de conflictos alternativo al sistema judicial ordinario, el cual se encuentra conducido por los árbitros, quienes se encuentran sujetos a los principios de la función jurisdiccional consagrados en el artículo 139 de la Constitución.

---

<sup>169</sup> BULLARD GONZALEZ, Alfredo. ¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? Ibidem, p. 61. Ver en: <https://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2013/11/ALFREDO-BULLARD.pdf>

<sup>170</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y REPETTO DEVILLE, José Luis. “La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino”. *Forseti. Revista de Derecho*, Número 1 (2014), pp. 97-110. Ver en: [http://forseti.pe/media\\_forseti/revista-articulos/11\\_oIKz1zi.pdf](http://forseti.pe/media_forseti/revista-articulos/11_oIKz1zi.pdf)

<sup>171</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. “Arbitraje: naturaleza y definición”. *Derecho PUCP* (59), 2006, p. 276. Ver en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3068>

<sup>172</sup> GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. Ibidem, p. 30.

<sup>173</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y REPETTO DEVILLE, José Luis. “La naturaleza (...)”. Ibidem, p. 102.

Al explicar esta teoría, González de Cossío sostiene que “(...) *por consiguiente, si es que puede tener lugar la solución de una controversia por un medio distinto a dicha facultad, ello ocurre puesto que el Estado así lo admite en forma expresa o tácita. Esta autorización (vía el concepto de arbitrabilidad) es un acto de justicia delegada, o paralela, que encuentra su sanción en la ejecutabilidad del laudo en forma similar a una sentencia proveniente de un juez estatal*”<sup>174</sup>.

Para algunos defensores de la teoría jurisdiccional, los árbitros tienen la calidad de funcionarios judiciales, en la medida de que el juicio arbitral ha sido creado como una jurisdicción especial, con facultades de resolver las controversias a través de decisiones (laudos) que deben ser obedecidas como si emanasen de los jueces ordinarios<sup>175</sup>.

Entre algunas críticas a esta postura, se cuestiona que no se reconozca a la autonomía de la voluntad de las partes, la cual es esencial para el nacimiento del arbitraje y para la aplicación de las reglas para su correcto funcionamiento, tal como la libertad de regulación de las reglas por las que se regirá el proceso arbitral<sup>176</sup>.

Por otro lado, se advierte que esta teoría podría ser utilizada para tratar de homologar al arbitraje como un simple juicio más, a pesar de que en realidad tiene elementos que lo diferencian<sup>177</sup>. Sobre esto último, precisamente, las partes al suscribir un convenio arbitral optan por un mecanismo de solución de controversias alternativo al sistema judicial ordinario, por lo que cualquier controversia emanada de su relación jurídica deberá ser dilucidada en el fuero arbitral con sus características particulares y en el que no le sea aplicable las mismas reglas procesales o garantías de un proceso judicial.

En tal línea, doctrinalmente se rechaza esta teoría al indicarse que de ningún modo la calidad de los árbitros puede ser equivalente al de un Juez. Sería un error sostener el “carácter público” de la función arbitral, bajo el argumento de que la ley reconoce al arbitraje como mecanismo de solución de controversias y que, por tanto, supuestamente los árbitros son funcionarios públicos que imparten justicia en nombre del Estado.

En consecuencia, para rebatir esta corriente se advierte acertadamente que cuando la ley autoriza algún instituto o actividad no significa que adquiera carácter público: sostener lo contrario implicaría negar la existencia del derecho privado o el de los contratos, los cuales tienen efectos jurídicos porque la ley así lo establece. Otras observaciones apuntan a que los árbitros no pueden emitir sentencias, pues estas tienen una calidad ejecutiva que no poseen los laudos arbitrales y, además, a que el arbitraje carece de los más importantes principios, derechos y garantías de la jurisdicción estatal, como son la pluralidad de instancia, el juez natural, el procedimiento legal previamente establecido por la ley, la publicidad en los procesos, la gratuidad en la administración de justicia, entre otros<sup>178</sup>.

Arrarte Arisnabarreta agrega que el arbitraje no puede ser considerado como jurisdicción, en tanto no contiene sus elementos esenciales para ser considerado como tal, como por ejemplo el *ius imperium*, dado que los árbitros carecen de la potestad de ejecutar forzosamente los laudos que estos emiten en

---

<sup>174</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Homenaje a don Raúl Medina Mora”, p. 14. Ver en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>

<sup>175</sup> SANTOS BALANDRO, Rubén. *Seis lecciones sobre el arbitraje privado*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2002, p. 97. Citado en: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Tercera edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, p. 33.

<sup>176</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y REPETTO DEVILLE, José Luis. “La naturaleza (...)”. Ibidem, p. 103.

<sup>177</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Ibidem, (...), p.15.

<sup>178</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. (...). Ibidem, p. 282. Los autores señalan que Ugo Rocco considera – erróneamente – que en el arbitraje, el particular ejerce una función pública o un servicio público, que no son otras que las clásicas funciones jurisdiccionales del Estado.

caso de incumplimiento de las partes<sup>179</sup>. Del mismo modo, Matheus López agrega que el arbitraje no tiene la facultad de ejecutar sus fallos por sí mismo, debiendo acudir al Poder Judicial para ello, razón por la cual no cuenta con uno de los elementos de la jurisdicción<sup>180</sup>.

#### 4.2.3. La teoría mixta

La teoría mixta es una tercera vía para explicar la naturaleza del arbitraje, la cual consiste en agrupar algunos elementos de la teoría contractual y de la teoría jurisdiccional, para reflejar a dicha institución como una de origen contractual (por la autonomía de la voluntad de las partes), aunque con función jurisdiccional, en tanto los árbitros resuelven una controversia en base a derecho.

De acuerdo a Rey Vallejo, citando a Barona Vilar, esta tesis descarta las teorías clásicas anteriormente mencionadas, dado que *“la doctrina mayoritaria opta por una visión ecléctica que comparte elementos característicos de cada una de ellas. En efecto, resulta innegable las consideraciones contractuales que dan origen al nacimiento del pacto arbitral al igual que aquellas que aluden a los visos jurisdiccionales del trámite y su conclusión con un laudo dotado de eficacia por ministerio de la ley”*<sup>181</sup>.

Respecto a esta teoría, según Gonzáles de Cossío, si bien los árbitros realizan actos jurisdiccionales, estos carecen de poder estatal, por lo que no existe acto alguno de delegación de poder estatal: simplemente se limitan a resolver un conflicto. La posibilidad de que el laudo sea ejecutable mediante poder público ocurre al momento de su ejecución, pero ello no modifica la naturaleza de la institución, sólo la enriquece convirtiéndola en una institución híbrida<sup>182</sup>.

Entre las críticas a esta teoría, se encuentra aquella que sostiene que la teoría contractual y la teoría jurisdiccional tienen un sustrato ideológico antagónico y, en consecuencia, son necesariamente irreconciliables<sup>183</sup>.

#### 4.2.4. La teoría autónoma

Esta teoría analiza la institución a partir de su empleo y propósito, por lo que se enfoca principalmente en postular las características que debe tener para que funcione eficientemente<sup>184</sup>. Niega la clasificación del arbitraje como puramente contractual, jurisdiccional o mixta.

Según esta postura, para definir la naturaleza del arbitraje se debe atender a su práctica y finalidades, por lo que se propugna el reconocimiento de dicha institución, en razón *“a lo que en él se hace, a lo que apunta y a cómo y por qué funciona de la manera en que lo hace”*<sup>185</sup>. De tal manera, el arbitraje se

<sup>179</sup> ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. “De la interrelación de la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: límites de su actuación”. *Themis*, Núm. 53, 2007, p. 97.

<sup>180</sup> MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. “El Derecho de Arbitraje Peruano”. *Revista De Ciencias Jurídicas*, Número 102, 2003, p. 150. Ver en: <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13376/12642>

<sup>181</sup> REY VALLEJO, Pablo. “El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización”. *Vniversitas*, Volumen 62, Número 126 (2013), p. 207. Ver en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijiuri/article/view/6125>

<sup>182</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Ídem.

<sup>183</sup> MONROY PALACIOS, Juan José. “Arbitraje, jurisdicción y proceso”. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 10, Comunitas, Lima, 2008, pp. 143-144. Citado en: JUÁREZ JURADO, Eder. “Constitucionalización y control constitucional del arbitraje en el Estado Constitucional”. Tesis para optar el grado de académico de Magister en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 106. Ver en: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/6799>

<sup>184</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y ARAMBURÚ YZAGA, Manuel. *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectiva futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1994, pp. 44-45. Citado en: LANDA ARROYO, César. “El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Themis-Revista de Derecho*, Núm. 53 (2007), p. 32. Ver en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8846/9246>

<sup>185</sup> REY VALLEJO, Pablo. *El arbitraje (...)*. Ibidem, pp. 207-208.



desarrolla en un régimen emancipado de cualquier ordenamiento jurídico nacional, bajo el anhelo de lograr una armonía entre tal institución y las relaciones comerciales internacionales<sup>186</sup>.

La principal dificultad con esta teoría, como acertadamente advierten Cantuarias Salaverry y Repetto Deville, es que el arbitraje no puede ser autónomo y vivir en una nube alejado de los distintos ordenamientos, pues en realidad no existe un “*sheriff internacional*” que se dedique a ejecutar laudos. Su eficacia depende del reconocimiento otorgados por los jueces nacionales, por lo que el arbitraje necesita del Poder Judicial, al cual no se le puede ver como un enemigo<sup>187</sup>, sino como un colaborador para su normal funcionamiento y el cumplimiento de sus decisiones.

#### 4.3. Cuestionamiento del laudo arbitral en la vía constitucional y supuestos excepcionales de procedencia de la acción de amparo

Anteriormente fue materia de debate la viabilidad de una garantía constitucional para cuestionar los laudos arbitrales emitidos por los árbitros en el ejercicio de las competencias conferidas por las partes en virtud del principio a la autonomía de la voluntad.

Precisamente en la sentencia materia de análisis (Exp. 6167-2005-PHC/TC), por primera vez el Tribunal Constitucional dejó en claro la posibilidad de controlar en vía constitucional los laudos arbitrales, en la medida de que el derecho a la autonomía de las partes no es un derecho absoluto y se encuentra limitado a la fuerza normativa de nuestra Constitución.

Después de dicha sentencia, el Tribunal Constitucional emitió variada jurisprudencia mediante el cual constantemente varió el criterio relativo a la forma en que las partes podrían cuestionar un laudo mediante una acción de amparo (supuestos de procedencia)<sup>188</sup>. No obstante, en estas sentencias siempre se ratificó que, en efecto, los laudos podían ser controlados en sede constitucional.

Finalmente, en el año 2011 nuestro Tribunal Constitucional finalmente fijó parámetros sobre el amparo arbitral en el precedente constitucional “Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia”, recaída en el Exp. N° 00142-2011-PA/TC<sup>189</sup>, caso en el cual el demandante había pedido reponer las cosas al estado anterior expedición de un laudo arbitral en el marco de un proceso arbitral en el que era parte. Como sustento, el demandante básicamente invocó una indebida motivación del laudo arbitral.

En tal sentido, advirtiendo la gran cantidad de procesos arbitrales materia de cuestionamiento en sede constitucional y dada la trascendencia del arbitraje para la resolución de conflictos, el Tribunal consideró apropiado reformular y consolidar los criterios establecidos en su jurisprudencia en relación a la institución arbitral y la fórmula de su control constitucional<sup>190</sup>. De acuerdo a un magistrado que suscribió la referida sentencia, dicha consolidación también obedeció a la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje a través del Decreto Legislativo N° 1071<sup>191</sup>.

<sup>186</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Ibidem, (...), p.16.

<sup>187</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y REPETTO DEVILLE, José Luis. La naturaleza (...). Ibidem, pp. 107-108.

<sup>188</sup> Véase las sentencias recaídas en el Exp. 4972-2006-PA/TC (Caso “Corporación Meier”), Exp. 4195-2006-AA/TC (Caso “PROIME”), en los que se fijó algunos lineamientos sobre el amparo arbitral. Lamentablemente en un proceso de amparo recaído en el Exp. 5311-2007-PA/TC (Caso “CODISA”), inauditamente una sala del Tribunal Constitucional desconoció sus anteriores pronunciamientos, al revisar el fondo de lo resuelto en el laudo arbitral y ordenando la emisión de un nuevo laudo, alegando que supuestamente se habría aplicado un decreto ley derogado y que las pruebas aportadas no habían sido meritadas por el Tribunal Arbitral.

<sup>189</sup> De fecha 21 de setiembre de 2011.

<sup>190</sup> Fundamento Jurídico N° 2.

<sup>191</sup> ETO CRUZ, Gerardo. “El proceso constitucional de amparo en la Constitución de 1993 y su desarrollo”. *Pensamiento Constitucional*. N° 18 (2013), p. 160. Ver en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8952>

Con dicha finalidad, estableció fundamentos con carácter de precedente vinculante, a fin de fijar nuevas reglas en materia de amparo contra los laudos arbitrales, lo cual coadyuvaría a impedir el empleo indebido del amparo arbitral.

En lo que concierne al presente informe, vale destacar que el Tribunal indicó que en consagración del numeral 2) del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, el recurso de anulación de laudo previsto en la ley de arbitraje<sup>192</sup> constituye una vía procedimental igualmente satisfactoria, por lo cual el presunto afectado podrá reclamar la vulneración de sus derechos constitucionales a través de dicho recurso.

Esta postura es criticada, debido a que el recurso de anulación no podría ser concebido como una vía procedimental igualmente satisfactoria o “paralela”, en atención a que su interposición no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni de su ejecución, salvo que se otorgue una garantía, mientras que en el proceso de amparo no se exige tal requisito previo. Por otro lado, el recurso de anulación de laudo no cuenta con las mismas medidas cautelares que el señalado proceso constitucional ofrece<sup>193</sup>.

A ello se agrega que tal como está regulado el recurso de anulación de laudo, este no tiene como función la tutela de derechos fundamentales, por lo que en la práctica dicho precedente vendría a desnaturalizarlo al ampliar injustificadamente su ámbito, convirtiéndolo en una especie de “proceso de tutela de derechos fundamentales”. De acuerdo con Abad Yupanqui, al amparo del inciso b) del numeral 1) del artículo 63 de la Ley de arbitraje en donde se dispone que “*una de las partes (...) no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos*”, podría sustentarse una mayor cobertura para la procedencia del recurso de anulación de laudo, aunque sus fronteras deberían limitarse al debido proceso adjetivo y no a la totalidad de los derechos fundamentales<sup>194</sup>.

En similar posición, Priori Posada señala que no resultaría apropiado que el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional controlaran la supuesta vulneración a los derechos fundamentales materiales (aquellos sobre los que se discute en el proceso arbitral tal como el derecho a la propiedad) y que, en todo caso, el recurso de anulación de laudo queda sujeto únicamente a verificar si se han respetado las garantías mínimas con las que debe contar todo laudo arbitral para que sea considerado válido bajo una perspectiva constitucional<sup>195</sup>.

---

<sup>192</sup> **Artículo 62.- Recurso de anulación**

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63. (...).

**Artículo 63.- Causales de anulación**

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

- a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
- b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
- d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
- e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
- f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
- g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral. (...).

<sup>193</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2017, p. 418.

<sup>194</sup> Ibidem, pp. 417-418.

<sup>195</sup> Para sustentar tal posición, el autor precisa que existe dos tipos de derechos fundamentales pasibles de ser vulnerados en un proceso arbitral: (i) los derechos fundamentales disponibles (propiedad, autonomía de voluntad), (ii) los que versan sobre las garantías mínimas que deben respetarse en un proceso arbitral para que pueda ser considerada válida. Respecto a los derechos fundamentales sobre los que las partes le concedieron la facultad de

En todo caso, se restringe el anterior empleo excesivo del amparo cuando pretenda revertir los efectos del laudo, pues el sujeto tiene a su disposición el recurso de anulación de laudo previsto en la Ley de Arbitraje. Asimismo, el Tribunal precisó que no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales, aun cuando estos formen parte del debido proceso o la tutela procesal efectiva<sup>196</sup>.

Por otra parte, de conformidad a la naturaleza excepcional de tal garantía constitucional, el Tribunal limitó los siguientes tres (3) escenarios excepcionales<sup>197</sup> para la procedencia del amparo contra un laudo arbitral<sup>198</sup>:

**a) El laudo vulnera de manera directa o frontal los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.**

En efecto, los precedentes vinculantes del Tribunal forman parte de las fuentes de Derecho y tienen fuerza vinculante para sus destinatarios, razón por la cual su apartamiento por parte de los árbitros resultaría un agravio constitucional a la parte afectada por la emisión del laudo. Sin perjuicio de ello, hubiera sido idóneo que se precise qué deberíamos entender por vulneración “directa o frontal”.

Por otro lado, los precedentes del Tribunal Constitucional abarcan la tutela de derechos adjetivos y sustantivos, por lo que, en principio, los árbitros deberían respetar aquellos pronunciamientos que competan ambos ámbitos. No obstante, a fin de evitar la judicialización del arbitraje y de conformidad con su auténtica naturaleza, el amparo arbitral solo debería circunscribirse a tutelar el debido proceso, aunque siempre en el sentido de un “debido proceso en sede arbitral”<sup>199</sup>.

**b) En el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional.**

El Tribunal agrega que es posible que los árbitros ejerzan control difuso de constitucionalidad de alguna norma, siempre y cuando sea aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral y que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución. Es necesario verificar un perjuicio claro y directo al derecho de algunas de las partes<sup>200</sup>.

**c) La garantía constitucional ha sido interpuesta por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y, a su vez, el laudo le ha generado una vulneración directa y manifiesta de sus derechos constitucionales, salvo que tal tercero se encuentre comprendido dentro del supuesto en el artículo 14 de la Ley de arbitraje**<sup>201</sup>.

---

decisión a los árbitros, no es posible la revisión por partes de los magistrados, teniendo en cuenta que la Constitución reconoce la competencia de los árbitros para hacerlo. PRIORI POSADA, Giovanni. “El control de constitucionalidad de laudos arbitrales en el Perú, a la luz de lo señalado en el precedente vinculante 142-2011-PA/TC”. *Revista Arbitraje PUCP*, N° 2 (2012), pp. 28-29. Ver en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9368>

<sup>196</sup> Fundamento 20.

<sup>197</sup> Vale indicar que en una posterior sentencia el Tribunal Constitucional precisó que también procede un recurso constitucional contra las resoluciones arbitrales en la fase de ejecución del laudo arbitral, cuando se trate de un pronunciamiento sin sustento normativo o que afecte a los derechos fundamentales. En este caso, el objeto de control constitucional es la resolución arbitral que desconoce, incumple, desnaturaliza o ineficaz el laudo (Exp. 08448-2013-PA/TC, FJ12).

<sup>198</sup> Fundamento Jurídico N° 21.

<sup>199</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso* (...). Ibidem, pp. 422-425.

<sup>200</sup> Fundamento Jurídico N° 26.

<sup>201</sup> **Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral**

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

En este caso existe un error en la formulación del supuesto señalado por el Tribunal, pues podría suceder que un tercero sí haya formado parte del convenio arbitral, mas no del proceso arbitral: no todo sujeto que intervenga en el convenio arbitral debe ser parte del proceso arbitral. Bajo una interpretación literal de este supuesto, un tercero que haya suscrito el convenio arbitral pero que nunca tuvo conocimiento del proceso arbitral, no se encontraría habilitado para interponer amparo arbitral contra el laudo que le cause un agravio directo a sus derechos fundamentales.

Sin perjuicio de ello, Priori Posada refiere que este tema no tiene relación con los alcances del convenio arbitral ni con la extensión del convenio a las partes no signatarias. En realidad, un laudo de ninguna manera podría extender sus efectos a quien no ha sido parte del arbitraje, ni siquiera en aplicación del artículo 14 de la Ley de arbitraje<sup>202</sup>.

En los dos primeros supuestos es imprescindible que el afectado haya formulado expresamente un reclamo ante el Tribunal Arbitral y que tal pedido haya sido claro o implícitamente desestimado. Esto es, solo en tales supuestos hay una auténtica vía previa del denominado “amparo arbitral”<sup>203</sup>.

Finalmente, el Tribunal sostuvo que en el caso que se declare fundada la demanda de amparo en alguno de tales escenarios, puede declararse la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de un nuevo pronunciamiento final; sin embargo, en ningún supuesto el Juez constitucional podrá resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje<sup>204</sup>.

#### 4.4. Posición del bachiller

La sentencia dictada por el Tribunal Constitucional relativa al caso “Fernando Cantuarias Salaverri” (Exp. 6167-2005-PHC/TC) ha sido reconocida doctrinal y jurisprudencialmente como precursora en la consagración del arbitraje como un proceso autónomo y distinto de la jurisdicción ordinaria, así como el reconocimiento de la vía del proceso amparo en sede constitucional para cuestionar los pronunciamientos de los árbitros, siempre y cuando se trate de los laudos arbitrales.

En la señalada sentencia, el Tribunal comienza por reconocer la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, en tanto si bien en el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución Política se reconoce a la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, en el mismo precepto legal se establece que “*no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral*”. En tal sentido, el privado tiene la facultad de optar tanto por el Poder Judicial como por el arbitraje, a fin de demandar justicia sobre algún conflicto patrimonial de libre disposición<sup>205</sup>.

Con ello, se resalta el reconocimiento expreso que se le ha otorgado al arbitraje en la Constitución Política como una “jurisdicción excepcional” y, por lo tanto, se permite a cualquier particular acudir a dicha institución para resolver cualquier controversia de carácter disponible, en atención a las ventajas que este ofrece frente a la justicia ordinaria.

Seguidamente, en la sentencia se abarca una cuestión importante del presente apartado del informe: ¿cuál es la naturaleza jurídica del arbitraje? De los fundamentos jurídicos expuestos en la sentencia se desprende que el Tribunal se inclina por la teoría jurisdiccional del arbitraje para entender su naturaleza<sup>206</sup>. Así pues, afirma que la jurisdicción arbitral cumple con los cuatro (4) requisitos necesarios para el ejercicio de cualquier jurisdicción: (i) conflicto entre las partes; (ii) interés social en

<sup>202</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. *El control (...)*. Ibidem, p. 33.

<sup>203</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso (...)*. Ibidem, p. 420.

<sup>204</sup> Fundamento 21.

<sup>205</sup> Fundamentos Jurídicos N° 7 y 10.

<sup>206</sup> Sin perjuicio de su conveniencia, prácticamente de manera unánime, doctrinalmente se admite que nuestro Tribunal Constitucional ha acogido la teoría jurisdiccional del arbitraje. Véase: SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Arbitraje y jurisdicción (...)”. Ibidem, p. 28; LANDA ARROYO, César. “El arbitraje (...)”. Ibidem, p. 32; ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso (...)*. Ibidem, p. 405.



la composición del conflicto; **(iii)** intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial; **(iv)** aplicación de la ley o integración del derecho<sup>207</sup>.

La inclinación del Tribunal por la teoría jurisdiccional resulta manifiesta de la lectura del siguiente fundamento jurídico declarado como vinculante:

*“11. Es justamente, la naturaleza propia de la **jurisdicción arbitral** y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional.*

***La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 20 inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139° de la propia Constitución.***

*(...). Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta **jurisdicción**, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrán desdibujar sus contornos constitucionales”.* (Resaltado nuestro).

En particular, me encuentro en desacuerdo con la postura adoptada por el Tribunal en este extremo, pues considero que constituye un error concebir al arbitraje como una institución puramente jurisdiccional.

Tal como se detalló anteriormente, según la teoría jurisdiccional, el arbitraje es una jurisdicción delegada y solo existe por pleno reconocimiento estatal mediante la ley, sin la cual no tendría ningún tipo de operatividad en nuestro ordenamiento jurídico. Bajo esa lógica, como señala el Tribunal en la sentencia, la facultad de los árbitros para resolver un conflicto proviene del artículo 139 de la Constitución (en el que se reconoce expresamente al arbitraje como jurisdicción excepcional) y no en la voluntad de las partes.

Considero que es un exceso percibir la esencia del arbitraje como una jurisdicción delegada por el propio Estado y que solo tenga vigencia por la autorización expresa de la ley, ignorando que en realidad la facultad de los árbitros para resolver conflictos en realidad proviene de la voluntad de las partes. En efecto, son los particulares los que deciden someter sus controversias de libre disposición a un proceso arbitral en mérito de un convenio arbitral que suscribieron libremente: sin acuerdo de las partes, no se iniciaría arbitraje alguno. En concordancia con ello, las partes facultan a los árbitros a administrar justicia y resolver una controversia derivada bajo las condiciones dispuestas en el convenio arbitral.

De igual modo, son los sujetos quienes libremente determinan la configuración del proceso arbitral a instaurarse; esto es, deciden sobre la elección de los árbitros, el tipo de arbitraje, las reglas por las que se debe regir el procedimiento, así como la elección de las garantías no esenciales del arbitraje (distintas a la de un proceso judicial). Por tanto, evidentemente sería forzado tratar de entender a dicha institución como uno de naturaleza estrictamente jurisdiccional o publicista, deslignándose de la importancia de la autonomía de la voluntad de las partes.

Otra razón para discrepar de la teoría jurisdiccional es que la misma generaría un peligro para la operatividad del arbitraje, pues bajo dicha concepción se procura equiparar las cualidades de la institución arbitral y de la jurisdicción ordinaria, a fin de que el primero sea considerada como una “auténtica jurisdicción”. En realidad, el arbitraje debe ser entendido como un mecanismo de solución de conflictos distinto a la justicia ordinaria, en tanto tiene sus propias características particulares.

---

<sup>207</sup> Fundamento Jurídico N° 8.

Precisamente, en la misma sentencia, probablemente como consecuencia de propiciar a la institución arbitral dentro de la teoría publicista, el Tribunal sin mayor detalle recalcó que el arbitraje, al constituir una jurisdicción, “*no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías el derecho al debido proceso*” y que debe asegurar “*al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva*”. Asimismo, continúa al afirmar que “*el reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139 de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional*.”<sup>208</sup>

Tales afirmaciones del Tribunal me parecen impropios con la auténtica naturaleza del arbitraje. Al tratarse de un proceso, es indudable que el fuero arbitral se encuentra sujeto a la observancia del derecho al debido proceso. No obstante, dicha garantía en el arbitraje bajo ningún motivo puede ser enfocado bajo el debido proceso de la jurisdicción ordinaria, pues ambos tienen características muy distintas: la flexibilidad del arbitraje permite configurar un procedimiento dócil y, a su vez, permite a las partes establecer reglas distintas al de un proceso judicial.

En tal sentido, sería erróneo afirmar que el derecho al debido proceso que debe ser respetado por un Juez en un proceso judicial también sea plenamente aplicable a un proceso arbitral. De lo contrario, se estaría desincentivando el empleo del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, pues al fin y al cabo no tendría gran diferencia frente a las reglas tradicionales de la jurisdicción ordinaria.

Eso no quiere decir que un proceso arbitral se encuentre desprovisto de garantías mínimas, por lo que, en todo caso, el debido proceso será aplicable en aquellos aspectos que sean compatibles con los fines de la institución arbitral. De acuerdo a Santistevan de Noriega, bajo la actual ley de arbitraje, el estándar mínimo del debido proceso arbitral se encuentra comprendido por: (i) el acceso al arbitraje; (ii) el derecho a un árbitro independiente e imparcial; (iii) el derecho a la igualdad entre las partes; (iv) el derecho de contradicción y audiencia; (v) el derecho a probar; (vi) el derecho a la motivación de resoluciones arbitrales; (vii) el derecho a obtener una resolución con el valor de cosa juzgada; y (viii) el derecho a la ejecución de los laudos<sup>209</sup>.

En consecuencia, bajo el enfoque de la teoría jurisdiccional, resultaría temerario sostener que los árbitros estén sujetos al respeto de todas las garantías relativas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, pues ello no es compatible con la auténtica naturaleza del arbitraje. No se debería trasladar las mismas garantías de un proceso judicial, pues equivocadamente se podría terminar judicializando a la institución arbitral.

A mi parecer, considero que el arbitraje se encuentra más vinculada a la teoría mixta. De esta manera, se logra reconocer la importancia de la autonomía de las partes para configurar al arbitraje y, al mismo tiempo, destacar el reconocimiento que otorga el Estado a la capacidad de los árbitros para la resolución de conflictos.

Resulta equivocado pues, como señala el Tribunal Constitucional, afirmar que la facultad de los árbitros para resolver un conflicto se fundamenta en el artículo 139 de la Constitución y no en la voluntad de las partes. En estricto, el arbitraje tiene un origen contractual, sin el cual este nunca podría iniciarse ni, menos aún, resolverse un conflicto a través de los árbitros.

Asimismo, con la teoría mixta se supera la crítica efectuada a la teoría jurisdiccional referida a la equiparación del debido proceso judicial a un proceso arbitral. Al reconocerse la transcendencia de la voluntad de las partes en el origen del arbitraje y en la configuración de sus reglas flexibles, se desprende una compatibilidad natural con el debido proceso arbitral, el cual se encuentra integrado por garantías mínimas con un estándar distinto al de un proceso judicial ordinario.

<sup>208</sup> Fundamentos Jurídicos N° 7, 9 y 12.

<sup>209</sup> SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Arbitraje y proceso civil (...)”. Ibidem, pp. 48-57.

Por otra parte, resulta importante que el Estado reconozca que la función de los árbitros tenga efectos jurisdiccionales, pues sin ello las partes podrían invocar la jurisdicción ordinaria para su intromisión o simplemente podrían desacatar sus decisiones, al no encontrarse autorizado por nuestro ordenamiento jurídico.

Como bien señalan Cantuarias Salaverry y Repetto Deville, en un supuesto hipotético en el que no exista la ley de arbitraje, resultaría difícil imaginar que las partes puedan impedir la intervención del Poder Judicial en el marco de un proceso arbitral o que los laudos que expidan los árbitros se encuentren revestidos de carácter de cosa juzgada. Al mismo tiempo, es inaceptable restar importancia a la autonomía de la voluntad de las partes en la configuración del arbitraje y en el establecimiento de las reglas a ser seguidas por los árbitros. El arbitraje es “*un acuerdo de voluntades (un contrato) que tiene efectos jurisdiccionales*”<sup>210</sup>.

Ahora bien, en la sentencia examinada también se procede a analizar si es procedente o no un proceso constitucional contra los pronunciamientos expedidos por los árbitros en el marco de un proceso arbitral, lo que también es materia de examen por mi parte en el presente informe.

El Tribunal sostiene que el ejercicio de la jurisdicción arbitral se encuentra sujeto al orden público constitucional, razón por la que el proceso arbitral tiene una dimensión subjetiva al proteger los intereses de las partes y una dimensión objetiva al encontrarse obligada a respetar la supremacía de la Constitución Política, de conformidad a su artículo 51<sup>211</sup>.

En tal sentido, si bien al amparo del principio de la autonomía de la voluntad se permite a las partes a someter al arbitraje las controversias derivadas de una relación jurídica, este principio de ninguna manera tiene un carácter absoluto. De lo contrario, se soslayaría su naturaleza constitucional, en tanto la jurisdicción arbitral se encuentra vinculada al respeto de los principios y deberes de la función jurisdiccional del artículo 139° de la Constitución<sup>212</sup>.

A partir de lo anterior, el Tribunal sostiene que sí es posible un control constitucional sobre las actuaciones arbitrales, al cual solo se puede acudir siempre y cuando se haya agotado las vías previas, lo cual en este ámbito se traduce en los recursos impugnatorios previstos en la Ley General de Arbitraje. Este control constitucional solo se puede efectivizar *a posteriori*, esto es, cuando ha culminado el proceso arbitral. En todo caso, señala el Tribunal, “*es un hecho incontrovertible que existe la posibilidad de cuestionar, por la vía del proceso constitucional, una resolución arbitral*”.<sup>213</sup>

Asimismo, en la sentencia se precisa que solo procede el amparo arbitral en los siguientes supuestos: (i) hay una vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva (artículo 4 del Código Procesal Constitucional); (ii) los árbitros no han cumplido con la aplicación de la jurisprudencia constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional); o (iii) ha existido alguna inobservancia a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional (artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)<sup>214</sup>.

Actualmente, estos criterios deben ser analizados conjuntamente con el precedente constitucional “*Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia*”, el cual ha sido materia de comentario. En dicho pronunciamiento, existió un cambio sustancial en cuanto a los supuestos excepcionales para

---

<sup>210</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y REPETTO DEVILLE, José Luis. “La naturaleza (...)”. Ibidem, pp. 104-105.

<sup>211</sup> Fundamento Jurídico N° 11.

<sup>212</sup> Fundamentos Jurídicos N° 16 y 17.

<sup>213</sup> Fundamentos Jurídicos N° 13, 14, 18 y 23. De los fundamentos expuestos por el Tribunal, queda claro que este control debe ser contra el laudo arbitral y no durante el desarrollo del proceso, en la medida que sostiene que “*lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional*” y que “*en este contexto, el control constitucional no queda excluido, sino que se desenvuelve a posteriori cuando (...)*”.

<sup>214</sup> Fundamentos Jurídicos N° 18, 22 y 23.

acudir al amparo contra un laudo arbitral y sobre la naturaleza del recurso de anulación de laudo previsto en la Ley de Arbitraje.

De esta manera, de una lectura conjunta de las dos sentencias en relación a la posibilidad de cuestionar un laudo arbitral en sede constitucional, el Tribunal ha establecido las siguientes reglas:

- a) Es posible el control constitucional contra los actos de los árbitros.
- b) Dicho control sobre la actuación arbitral solo puede ser realizado de manera posterior a la culminación del proceso arbitral.
- c) El recurso de anulación de laudo previsto en la Ley General de Arbitraje constituye una vía igualmente satisfactoria en relación a la acción de amparo. Como regla general, la parte que alegue la afectación de un derecho constitucional frente a la emisión de un laudo arbitral podrá acudir al recurso de anulación de laudo.
- d) El amparo arbitral es excepcional y solo procede en los siguientes supuestos: (i) el laudo vulnera de manera directa o frontal los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional; (ii) los árbitros han ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional; o, (iii) el amparo ha sido interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y, a su vez, el laudo supone una vulneración de sus derechos constitucionales.

Me encuentro de acuerdo con lo expuesto por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que los laudos arbitrales sí pueden ser pasibles de ser controlados constitucionalmente. El principio de la autonomía de la voluntad se encuentra limitado en virtud de la fuerza normativa de la Constitución Política y de la eficacia de los derechos fundamentales en cuanto a las relaciones entre particulares. De tal modo, la legitimidad de las actuaciones arbitrales no solo proviene del cumplimiento de lo estipulado en el convenio arbitral, sino también por su respeto a la Constitución<sup>215</sup>.

En efecto, todo laudo es emitido tras la culminación de un proceso arbitral que debería encontrarse de garantías mínimas propias de un debido proceso arbitral. En principio, el afectado podrá acudir al recurso de anulación de laudo - al ser una vía paralela al amparo - para tutelar dichas garantías, mientras que solo en supuestos excepcionales se faculta la posibilidad de solicitar el control constitucional de manera directa.

Al habilitarse el amparo frente a casos puntuales y solo tras la culminación del proceso arbitral, se evita la judicialización del arbitraje, esto es, la invocación permanente y excesiva del fuero judicial para que las partes sometan a cuestionamiento un laudo arbitral, a pesar de que desde un inicio pactaron un convenio arbitral en virtud del cual facultaron a los árbitros a resolver una controversia de libre disposición.

A fin de evitarse dicha distorsión, Abad Yupanqui señala que la procedencia del amparo contra laudos arbitrales debe ser excepcional, buscando un equilibrio razonable entre el arbitraje, sus mecanismos ordinarios de control (recurso de anulación de laudo) y la acción de amparo<sup>216</sup>.

---

<sup>215</sup> LANDA ARROYO, César. “*El arbitraje (...)*”. Ibidem, pp. 31-35.

<sup>216</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso (...)*. Ibidem, pp. 422-425. Asimismo, el autor señala que en el precedente constitucional “*Sociedad Minera María Julia*”, el Tribunal termina desnaturalizando al recurso de anulación de laudo, al indicar que este constituiría una vía igualmente satisfactoria, convirtiéndolo en un recurso de derechos fundamentales, lo cual no tiene justificación. Asimismo, cuestiona que el Tribunal no sustente las razones por las cuales la garantía constitucional solo procederá en tres supuestos (¿por qué no en cuatro o cinco?), recordando que antes se permitía el amparo cuando los árbitros desconocían la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, habiéndose eliminado dicho escenario.

Queda claro que el control constitucional procede contra los actos arbitrales, aunque únicamente con posterioridad a la emisión del laudo (control *ex post*). Por tal motivo nuestro ordenamiento consagra la autonomía del arbitraje y lo favorece con el principio de no intervención y el principio *kompetenz-kompetenz*, en razón de los cuales se constituye un régimen de inmunización contra la intervención ajena hasta que no haya finalizado el proceso arbitral<sup>217</sup>.

Tras haber arribado a tales conclusiones, es necesario responder el principal problema jurídico de esta sección, a saber: ¿incide la naturaleza del arbitraje para determinar si los laudos pueden ser sometidos a control constitucional mediante acción de amparo? A mi consideración, la respuesta es negativa.

A efectos de determinar la viabilidad del control constitucional del laudo arbitral, no tiene mayor repercusión que el Tribunal Constitucional se incline por alguna de las teorías que explican la naturaleza jurídica del arbitraje.

El hecho de que el arbitraje sea entendido por cualquiera de tales corrientes - ya sea como una auténtica jurisdicción, un contrato privado o una figura mixta que compatibiliza a ambos - no constituye impedimento para que un laudo pueda ser sometido a un control constitucional, en virtud de la fuerza normativa de nuestra Constitución.

Conforme señala acertadamente Priori Posada, el control constitucional de los laudos arbitrales no debe ser entendido como una desventaja del arbitraje, sino más bien como su consolidación y legitimidad dentro de nuestro ordenamiento. Asimismo, el dilema de si el arbitraje debe ser considerado como una jurisdicción o no, es un problema que en nada importa para determinar si el laudo puede ser materia de control constitucional<sup>218</sup>.

En relación a ello, Arrarte Arrisnabarreta señala que es una discusión poco trascendente aquella que trata de definir al arbitraje como un contrato, un proceso o una jurisdicción, por lo que más allá de la “etiqueta” que tenga, *“constituye un mecanismo de solución de controversias que, atendiendo a la trascendencia social del rol que cumple en la sociedad, debe ser sujeto de tutela y protección por el Estado y, por ende, por el ordenamiento jurídico”*<sup>219</sup>.

En la misma línea, Ledesma Narváez señala que no es importante determinar si el arbitraje es jurisdicción o no para afirmar que los árbitros se encuentran sujetos a los derechos fundamentales, pues en realidad ello se debe observar en cualquier tipo de proceso. En tal sentido, frente a su transgresión, *“el titular se encuentra en aptitud de recurrir a los mecanismos de garantía constitucional para conseguir su inmediata reposición y respeto. No es necesario atribuir los efectos de la jurisdiccionalidad para el respeto de los derechos fundamentales; estos existen y son considerados como tales, aún bajo la óptica privatista del arbitraje”*<sup>220</sup>.

---

Sobre esto último, Eloy Espinosa-Saldaña también advierte que en el amparo arbitral, el Tribunal Constitucional no ha especificado los criterios que están detrás de estas decisiones. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “Notas sobre la actividad arbitral a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”. En: *Arbitraje y Constitución*. Volumen 21. Lima: Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, 2012, p. 149.

<sup>217</sup> SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Arbitraje (...)”. Ibidem, pp. 52-61.

<sup>218</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. “El control (...)”. Ibidem, p. 27. Sobre esto último, el autor agrega que en el supuesto que aceptemos la tesis contractual de la naturaleza del arbitraje, no se puede aceptar un argumento que pretenda eliminar la posibilidad de cuestionar los laudos mediante el amparo.

<sup>219</sup> ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. “De la interrelación (...)”. Ibidem, p. 95. Incluso, de forma más extrema, Santistevan de Noriega señala que *“el tema de naturaleza jurídica del arbitraje constituye más una preocupación académica, de aquellas que típicamente se renuevan entre posiciones contrastadas y opciones eclécticas, que ocupan más tiempo en el recinto de las aulas que en las actuaciones arbitrales”*. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Arbitraje (...)”. Ibidem, p. 23.

<sup>220</sup> LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción (...)*. Ibidem, p. 55.

Teniendo en cuenta ello, considero que los árbitros o las partes no pueden impedir el control constitucional – cuando ello amerite –, pues de lo contrario se desconocería la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, en virtud del cual los particulares se encuentran sujetos al respeto de los mismos, el cual se deriva de la fuerza normativa de la Constitución Política con alcance *erga omnes*<sup>221</sup>.

En conclusión, sin perjuicio de la teoría de la naturaleza jurídica adoptada, el arbitraje no escapa del control constitucional a través de la acción de amparo, aunque ello será viable solo en supuestos muy excepcionales y cuando haya culminado el proceso arbitral, a fin de no judicializar la institución arbitral y no distorsionar su auténtica esencia.

## V. Conclusiones

1. En el nuevo modelo procesal, resulta destacable que los derechos del investigado en el marco de las diligencias preliminares se encuentren regulados en el Código Procesal Penal, destinados principalmente a garantizar un debido proceso en dicha etapa, bajo el reconocimiento de varias manifestaciones del ejercicio del derecho a la defensa.

En cambio, en el antiguo modelo procesal no existe un cuerpo normativo en el que se hayan regulado tales derechos. Por tanto, en este caso la investigación preliminar se desarrollará a la luz de la variada jurisprudencia del Tribunal Constitucional – entre las que se encuentra la sentencia analizada – en el que se reconocen los derechos al debido proceso, a la debida motivación, a la defensa, al plazo razonable, a la igualdad sustancial en el proceso, a la interdicción de la persecución penal múltiple, así como los principios de imputación necesaria, de legalidad, de interdicción de arbitrariedad, entre otros.

2. En cuanto a los mecanismos de protección a los que puede acudir el investigado en el marco de la propia investigación fiscal, en el antiguo modelo procesal prácticamente no se contempla ningún “procedimiento especial” para dicha tutela. Recién desde el año 2015 únicamente es posible que el afectado pueda acudir a la vía de control de plazo, frente a un exceso en la duración de la investigación.

Por otra parte, en el nuevo modelo procesal, el imputado sí tiene a disposición los distintos mecanismos de protección que ofrece el Código Procesal Penal, tales como la tutela de derechos, el control de plazo y la tutela de inadmisión de diligencias sumariales. En tales casos, el Juez de investigación preparatoria será el encargado de resolver la controversia.

3. La sentencia resulta sumamente importante, debido a que por primera vez consagra el principio de interdicción a la arbitrariedad en sede fiscal, razón por la cual el Fiscal deberá asegurarse que sus pronunciamientos no estén desprovistos de cualquier tipo de razonabilidad, proporcionalidad o legitimidad, y encontrándose prohibido de concretar actividades y decisiones caprichosas, vagas, infundadas, despóticas o tiránicas.
4. Considero que el Fiscal no debió haber procedido a formalizar denuncia penal en contra de Fernando Cantuarias, pues no se advierte la presencia de todos elementos conformantes de los delitos de falsedad genérica y fraude procesal en relación a la imputación formulada en su contra. Ello es más evidente si se tiene en cuenta que el representante del Ministerio Público no realizó la subsunción de los hechos incriminados.
5. Por otro lado, me encuentro de acuerdo con el Tribunal al haber declarado improcedente el hábeas corpus en su modalidad clásica, teniendo en cuenta que la formalización de la denuncia penal no supone la privación de la libertad del denunciado y que la imposición de cualquier tipo medida coercitiva personal en el antiguo modelo procesal depende exclusivamente del Juez.

---

<sup>221</sup> La eficacia horizontal de los derechos fundamentales ha sido reconocida expresamente por el Tribunal Constitucional. Véase el Exp. 00976-2001-AA/TC. Fundamento N° 05.

6. Por otro lado, concuerdo con la sentencia al haberse rechazado el hábeas corpus en su modalidad preventiva, aunque considero que ello debió haber obedecido a un aspecto formal y no de fondo: no existía una auténtica amenaza cierta e inminente sobre la libertad individual del demandante. Se trata de un acto postulatorio del Fiscal – traducido en el ejercicio de la acción penal - que de ninguna manera vincula al Juez instructor para iniciar un proceso penal, quien, previa audiencia, deberá verificar la existencia de un grado de sospecha reveladora que vincule al denunciado con los medios de convicción obrantes en el expediente judicial. Incluso la instauración de dicho proceso por sí mismo no significa un atentado contra la libertad individual.
7. Sin perjuicio de lo anterior, considero que bajo la perspectiva del nuevo modelo procesal, sí hubo una afectación al debido proceso y a otros derechos de Fernando Cantuarias por parte del Fiscal demandado durante la etapa prejurisdiccional y al momento de ejercer la acción penal. Ello se denota ante la ausencia de una Disposición de inicio de investigación preliminar; del hecho de no haber recabado la declaración del denunciado; el rechazo tácito de la solicitud de realización de actos de investigación peticionado por la defensa; y de la carencia de un juicio de subsunción sobre los hechos imputados.
8. En línea con lo anterior, en el nuevo modelo procesal la defensa de Fernando Cantuarias hubiera podido acudir a los mecanismos de protección que ofrece la regulación del Código Procesal Penal, tal como la tutela de derechos y la tutela de inadmisión de diligencias sumariales. Por otra parte, el Fiscal también hubiera tenido la facultad de disponer la conducción compulsiva del investigado, en el supuesto de una reiterada negativa a declarar en sede fiscal.
9. En cuanto a la naturaleza del arbitraje, el Tribunal Constitucional ha acogido la teoría jurisdiccional, principalmente porque la jurisdicción arbitral está reconocida expresamente en el artículo 139 de nuestra Constitución y porque el arbitraje cumple con los requisitos para ejercer jurisdicción. Particularmente me encuentro en desacuerdo en este extremo, pues dicha concepción soslaya la importancia de la voluntad de las partes para dar origen y configurar el arbitraje. Además, a través de la teoría publicista se pretende equiparar las cualidades de la institución arbitral y la jurisdicción ordinaria, a pesar de que ambos tienen características muy distintas, como es el caso del derecho al debido proceso, cuyo alcance es distinto en cada escenario.

Frente a ello, me inclino por la teoría mixta para entender la naturaleza del arbitraje, debido a que resalta la autonomía de la voluntad de las partes para reconocer el origen contractual del arbitraje y la posibilidad que tienen los sujetos para determinar los lineamientos a ser observados en el curso del proceso arbitral. En virtud de esta teoría, también se admite la trascendencia del reconocimiento otorgado por el Estado a la capacidad de los árbitros para resolver controversias, sin el cual los laudos no tendrían mayor efecto sobre nuestro ordenamiento.

10. El Tribunal afirma la posibilidad del control constitucional contras las actuaciones arbitrales, estando dicho control a un ejercicio *ex post*, esto es, cuando haya culminado el proceso arbitral. Me encuentro de acuerdo con dicha postura, pues el principio de la autonomía de la voluntad no es absoluto, encontrándose limitado a la fuerza normativa de la Constitución Política y a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Al permitirse la acción de amparo contra un laudo arbitral *a posteriori* y solo en supuestos excepcionales, no se termina judicializando el arbitraje y, más bien, se legitima y afianza las actuaciones arbitrales dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

11. Finalmente, bajo mi consideración la definición de la naturaleza jurídica del arbitraje no resulta útil para determinar la procedencia del control constitucional contra los laudos arbitrales. Sin perjuicio de la teoría acogida por el Tribunal Constitucional, ello no conllevará que se pueda someter mediante una acción de amparo las decisiones finales de los árbitros, aunque solo bajo determinados supuestos, a fin de no distorsionar la auténtica esencia de la institución arbitral.

## VI. Anexos

Se adjunta al presente informe las siguientes piezas procesales:

- **Anexo 1:** Recusación formulada por Algamarca contra Fernando Cantuarias en el proceso arbitral.
- **Anexo 2:** Descargos escritos de Fernando Cantuarias contra la recusación.
- **Anexo 3:** Resolución N° 75, mediante el cual el Tribunal Arbitral rechazó la recusación.
- **Anexo 4:** Descargos escritos de Fernando Cantuarias contra el recurso de nulidad.
- **Anexo 5:** Resolución N° 97, mediante el cual el Tribunal Arbitral rechazó el recurso de nulidad.
- **Anexo 6:** Denuncia penal de parte interpuesta por Algamarca contra Fernando Cantuarias.
- **Anexo 7:** (i) Tres (3) citaciones cursadas a representante de Algamarca para ratificación de denuncia; (ii) pedido de reprogramación de representante de Algamarca; (iii) pronunciamiento de la Fiscalía mediante el cual se provee y acepta el pedido de la parte denunciante, disponiendo citarlo nuevamente.
- **Anexo 8:** (i) Escrito mediante el cual Algamarca solicitó actos de investigación referidos a recabar las declaraciones de los miembros del Tribunal Arbitral y al Sr. Enrique Lastres; (ii) pronunciamiento de la Fiscalía mediante el cual se provee y acepta el pedido de la parte denunciante, disponiendo cursar las notificaciones correspondientes.
- **Anexo 9:** Cuatro (4) citaciones válidas cursadas al Sr. Enrique Lastres.
- **Anexo 10:** (i) Citaciones cursadas a Jorge Santistevan de Noriega y Víctor Ávila Cabrera (miembros del Tribunal Arbitral); (ii) escritos mediante los que dichos árbitros solicitan reprogramación por única vez.
- **Anexo 11:** (i) Cuatro (4) citaciones cursadas a Fernando Cantuarias para recabar su declaración; (ii) escritos mediante los que su defensa solicitó la reprogramación de dicha diligencia.
- **Anexo 12:** Escrito mediante el que la defensa de Fernando Cantuarias solicitó la actuación de actos de investigación.
- **Anexo 13:** (i) Escrito mediante el que la defensa de Fernando Cantuarias solicitó la programación de un informe oral; (ii) citación cursada al abogado de Fernando Cantuarias para que asista a informe oral programado; (iii) escrito mediante el que la defensa de Fernando Cantuarias solicitó la reprogramación del informe oral.
- **Anexo 14:** Descargos escritos presentados por la defensa de Fernando Cantuarias frente a la denuncia penal.
- **Anexo 15:** Formalización de denuncia penal emitida por el Fiscal demandado.
- **Anexo 16:** Auto de apertura de instrucción.
- **Anexo 17:** Demanda de hábeas corpus.
- **Anexo 18:** Contestación de la demanda de hábeas corpus presentado por el Procurador.



- **Anexo 19:** Descargos escritos presentados por el Fiscal demandado.
- **Anexo 20:** Declaración de Fernando Cantuarias dentro del proceso constitucional.
- **Anexo 21:** Declaración del Fiscal demandado dentro del proceso constitucional.
- **Anexo 22:** Sentencia de primera instancia emitida dentro del proceso constitucional.
- **Anexo 23:** Recurso de apelación interpuesto por el Procurador Público.
- **Anexo 24:** Recurso de apelación interpuesto por el Fiscal demandado.
- **Anexo 25:** Sentencia de segunda instancia emitida dentro del proceso constitucional.
- **Anexo 26:** Recurso de agravio constitucional interpuesto por Fernando Cantuarias.
- **Anexo 27:** (i) Sentencia del Tribunal Constitucional; (ii) resolución que resuelve pedido de aclaración; (iii) resolución sobre pedido de corrección material.



## VII. Bibliografía

- ABAD YUPANQUI, Samuel (2017). *El proceso constitucional de amparo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- ABAD YUPANQUI, Samuel (2019). *Manual de Derecho Procesal Constitucional*. Primera edición. Lima: Palestra.
- ALVA FLORIAN, César (2010). “La Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 11 (mayo 2010), Lima, pp. 13-28.
- ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María (2007). “De la interrelación de la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: límites de su actuación”. *Themis*, Núm. 53, pp. 91-104.
- BRAMONT-ARIAS-TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen (1996). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Segunda edición. Lima: Editorial San Marcos.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (2013). “¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación”. *Revista internacional de arbitraje*, (diciembre, 2013), pp. 55-93. Ver en: <https://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2013/11/ALFREDO-BULLARD.pdf>
- CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y REPETTO DEVILLE, José Luis (2014). “La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino”. *Forseti. Revista de Derecho*, Número 1 (2014), pp. 97-110. Ver en: [http://forseti.pe/media\\_forseti/revista-articulos/11\\_oKz1zi.pdf](http://forseti.pe/media_forseti/revista-articulos/11_oKz1zi.pdf)
- CANTUARIAS SALAVERRY, FERNANDO (2017). “Fernando Cantuarias sobre las deficiencias del sistema arbitral”. Entrevista realizada por Enfoque Derecho a Fernando Cantuarias Salaverry. Fecha de subida: 08 de setiembre de 2017. Ver en: <https://www.youtube.com/watch?v=eX7FCF7mcu4&t=421s>
- CASTAÑEDA OTSU, Susana (2017). *Hábeas corpus. Aspectos procesales relevantes: un análisis a partir de la jurisprudencia*. Segunda edición. Lima: Jurista Editores.
- CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo (2006). “Arbitraje: naturaleza y definición”. *Derecho PUCP*, Número 59 (2006), pp. 273-284. Ver en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3068>
- CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y CHIPANA CATALÁN, Jhoel (2014). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Primera Parte. Volumen 25. Lima: ECB Ediciones; Centro de Análisis y resolución de conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor (2006). *El proceso penal*. Sexta edición. Lima: Palestra.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor (2016). *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*. Segunda edición. Lima: Palestra.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (2012). “Notas sobre la actividad arbitral a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”. En: *Arbitraje y Constitución*. Volumen 21. Lima: Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, pp. 129-152.

- ETO CRUZ, Gerardo (2013). “El proceso constitucional de amparo en la Constitución de 1993 y su desarrollo”. *Pensamiento Constitucional*. N° 18 (2013), pp. 145-174. Ver en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8952>
- FRISANCHO APARICIO, Manuel (2014). *Delitos contra la Administración de Justicia*. Segunda edición. Lima: Ediciones Legales.
- FRISANCHO APARICIO, Manuel (2018). *Falsificación de documentos. Análisis Jurídico Penal*. Primera edición. Lima: Ediciones Legales.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo (1973). “Los orígenes del hábeas corpus”. *Derecho PUCP*, Número 31 (1973), pp. 48-59.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo (1994). “El Habeas Corpus en América Latina. Algunos problemas y tendencias recientes”. *IUS ET VERITAS*, Número 09 (1994), pp. 69-81.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo (2003). “El Habeas Corpus en América Latina: Antecedentes, Desarrollo y Perspectivas”. *Foro Jurídico*, Número 02 (2003), pp. 143-146.
- GARCÍA CAVERO, Percy (2008). “La relación de conexidad en los hábeas corpus conexos”. En: García Caveró, Percy (coordinador). *Anuario de Derecho Penal. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima: Universidad de Friburgo y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 131-142.
- GARCÍA LEÓN, Godofredo André (2019). “El delito de fraude procesal”. En: HEYDEGGER, Francisco R. (coordinador). *Delitos contra la administración de justicia*. Lima: Instituto Pacífico, pp. 195-223.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje”. Homenaje a don Raúl Medina Mora. Ver en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20HOM%20%20Raul%20Medina.pdf>
- GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César (2017). *Arbitraje comercial nacional e internacional*. Primera edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- JUÁREZ JURADO, Eder (2015). “Constitucionalización y control constitucional del arbitraje en el Estado Constitucional”. Tesis para optar el grado de académico de Magister en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ver en: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/6799>
- LANDA ARROYO, César (1999). “Los procesos constitucionales en la Constitución peruana de 1993”. *IUS ET VERITAS*, Número 18 (1999), pp. 8-36.
- LANDA ARROYO, César (2007). “El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Themis-Revista de Derecho*, Núm. 53 (2007), pp. 29-42. Ver en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8846/9246>
- LANDA ARROYO, César (2018). *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2014). *Jurisdicción y arbitraje*. Tercera edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto (2003). “El derecho de arbitraje peruano”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, Número 102 (2003), pp. 143-174. Ver en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13376/12642>
- PACHECO OSORIO, Pedro (1982). Fraude procesal y otras infracciones. *Nuevo Foro Penal*, Número 14 (1982), pp. 634-638. Ver en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4539/3816>
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso (2015). *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo VI. Lima: Idemsa.
- PLACENCIA RUBIÑOS, Liliana (2012). “El hábeas corpus contra actos de investigación preliminar”. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ver en: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/143798>
- PRIORI POSADA, Giovanni (2012). “El control de constitucionalidad de laudos arbitrales en el Perú, a la luz de lo señalado en el precedente vinculante 142-2011-PA/TC”. *Revista Arbitraje PUCP*, N° 2 (2012), pp. 26-33. Ver en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9368>
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2016). *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Volumen 4. Primera edición. Lima: Legales Ediciones.
- REMÓN PEÑALBER, Jesús (2017). “Jesús Remón sobre las ventajas del arbitraje”. Entrevista realizada por Fabio Nuñez del Prado a través del portal Enfoque Derecho a Jesús Remón Peñalber. Fecha de subida: 28 de agosto de 2017. Ver en: <https://www.youtube.com/watch?v=SS7vhxxHr-A>
- REY VALLEJO, Pablo (2013). “El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización”. *Vniversitas*, Volumen 62, Número 126 (2013), pp. 199-237. Ver en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/6125>
- SALINAS SICCHA, Ramiro (2018). *Derecho Penal. Parte Especial*. Volumen 2. Séptima edición. Lima: Editorial Iustitia.
- SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliana María (2011). “La doble dimensión de los procesos constitucionales de libertad”. En: *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: IUS ET VERITAS, 2011, pp. 12-25.
- SAN MARTIN CASTRO, César (2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Primera edición. Lima: INPECCP, CENALES.
- SANCHEZ VELARDE, Pablo (2009). *El nuevo proceso penal*. Primera edición. Lima: Idemsa.
- SANTISTEVAN DE NORIEGA, JORGE (2006). “Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”. *Revista peruana de arbitraje*, Número 2 (2006), pp. 15-66.
- SANTISTEVAN DE NORIEGA, JORGE (2008). “Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes? El debido proceso en sede arbitral”. *IUS ET VERITAS*, Número 37 (2008), pp. 38-58.
- TALAVERA ELGUERA, PABLO (2004). *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Grijley.

# ANEXO 1





García Calderón - Vidal - Montero  
&  
ASOCIADOS ABOGADOS



8.11.04

Expediente N°  
Secretaria: Dra. Mayte Remy Castanogla  
Cuaderno Principal  
Escrito N°  
**FORMULA RECUSACIÓN CONTRA**  
**MIEMBRO EL TRIBUNAL ARBITRAL**

**AL SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-**

**COMPANÍA DE EXPLORACIONES ALGAMARCA S.A.**, en el proceso arbitral iniciado por **MINERA SULLIDEN SHAUINDO S.A.C.** sobre **DECLARACIÓN DE CUMPLIMIENTO Y EJECUCION DE CONTRATO**, ante usted nos presentamos y con el debido respeto decimos:

Que, por convenir a nuestro legítimo derecho y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 28°, 29° y 30° de la Ley General de Arbitraje, **FORMULAMOS RECUSACIÓN** en contra del árbitro **FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY**, por las razones que presentamos de manera detallada a continuación:

**LA DESIGNACIÓN DEL SR. FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY.-**

1. Como es de conocimiento del Tribunal, nuestra parte desde un inicio se rehusó a realizar la designación de árbitros, toda vez que siempre desconocimos tanto el contrato de fecha 11 de noviembre del 2002, así como el convenio arbitral inserto en él, puesto que jamás existió manifestación de voluntad de nuestra empresa para celebrarlo.

Ante la negativa de nuestra parte a designar a nuestro árbitro, éste nos fue asignado de oficio por el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, el cual a su vez designó como árbitro de nuestra parte al Dr. Fernando Cantuarias Salaverry.





3. Habiendo designado la parte demandante a su árbitro, quedó instaurado el Tribunal Arbitral, el mismo que debía avocarse a un arbitraje de derecho, caracterizado por la igualdad de condiciones de las partes, al contar cada una con su propio árbitro.

4. Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29° de la Ley General de Arbitraje, los árbitros se encuentran en la obligación de informar acerca de **TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS QUE PUEDAN DAR LUGAR A UNA POSIBLE RECUSACIÓN, Y EL ÁRBITRO DESDE EL MOMENTO DE SU NOMBRAMIENTO Y DURANTE TODAS LAS ACTUACIONES ARBITRALES, REVELARÁ SIN DEMORA TALES CIRCUNSTANCIAS A LAS PARTES, A MENOS QUE YA LES HAYA INFORMADO DE ELLAS, BAJO PENA DE RESPONDER POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE OCASIONEN POR SU OMISIÓN.**<sup>1</sup>

5. En este sentido, se aprecia que los árbitros, incluyendo "al árbitro impuesto a nuestra parte" Dr. Fernando Cantuarias Salaverry, tenía la obligación de informar de todas las circunstancias que originarán serias dudas sobre su imparcialidad, cuestión que hoy nos enteramos fue abiertamente omitida por el árbitro recusado, conforme lo vemos en el punto siguiente.

**LA OMISIÓN DEL ÁRBITRO FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY Y SU FALTA DE IDONEIDAD PARA EJERCER EL CARGO DE ÁRBITRO EN EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.**

Como es conocido por el Tribunal, el Sr. Enrique Lastres Berninzon, viene ejerciendo la representación legal de la demandante MINERA SULLIDEN SHAHUÍNDIO S.A.C. en el presente proceso arbitral.

El referido señor, a su vez es directivo del Instituto Nacional de Derecho de Petróleo y Energía, el cual como hemos indicado en el punto precedente fue el encargado de la designación de oficio del árbitro de nuestra parte.



114  
Corte Superior de Justicia  
Corte Superior de Justicia

En efecto, conforme consta en la copia literal de la ficha de inscripción del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, el abogado de nuestra contraparte es además director del Instituto que designó a nuestro árbitro, situación que manifiesta la falta de idoneidad del árbitro Dr. Fernando Cantuarias Salaverry en razón de existir serias dudas sobre su imparcialidad debido a la conexidad existente con el señor Enrique Lastres Berninzon y las circunstancias que hoy conocemos y procedemos a relatar.

Es de precisar que el señor Enrique Lastres Berninzon también se desempeñaba como miembro del Directorio de Compañía Minera Poderosa S.A., empresa de la cual era director conjuntamente con el padre del Sr. Fernando Cantuarias Salaverry, el señor Fernando Cantuarias Alfaro (Jefe del Estudio "Cantuarias").

La referida empresa sostuvo un proceso arbitral con MINERO AZEPS, habiendo contratado como representante legal para su defensa al Dr. Fernando Cantuarias Salaverry, reitérese que el señor Enrique Lastres Berninzon era director de COMPAÑIA MINERA PODEROSA S.A. y que nuestro actual árbitro trabajó contratado para los asuntos legales referidos para la compañía de la cual el señor Enrique Lastres Berninzon era director legal, prácticamente ejerciendo la codefensa del caso (siendo quien en el referido arbitraje desarrolló exactamente la misma labor que desarrolla en el presente caso, la de ser supervisor del Dr. Fernando Cantuarias Salaverry).

No expuesto evidencia que existió una relación de dependencia entre el abogado y hoy director legal de MINERA SULLIDEN SHAUINDO S.A.C. del árbitro Fernando Cantuarias Salaverry, situación que no fue informada ni por el mencionado árbitro, ni por la contraparte a pesar de la relevancia de dicha información (véase escrito de fecha 01 de julio del 2004 del Dr. Fernando Cantuarias Salaverry presentado a su usted señor Presidente en el presente proceso)



7.- Se aprecia entonces que tanto MINERA SULLIDEN SHAHUINDO S.A.C. como el árbitro Fernando Cantuarias Salaverry, omitieron su deber de informar acerca de todas las circunstancias que pudieran originar dudas razonables respecto de su imparcialidad o independencia, **ELUDIENDO DE ESTA MANERA LA OBLIGACIÓN SEÑALADA EN EL ARTÍCULO 29° DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE, INDUCIÉNDONOS A ERROR EN CUANTO A SU DESEMPEÑO** (Véase escrito de fecha 21 de julio del 2004 presentado por nuestra parte).



8.- En el presente caso, resulta obvio la existencia de una relación de dependencia, así como de una vinculación comercial indirecta entre el Sr. Enrique Lastres Berninzon y el árbitro recusado, debido a los antecedentes que hemos puesto en evidencia, los cuales hasta la fecha se mantuvieron ocultos a nuestra parte.

9.- En este sentido, consideramos que la parcialidad del Dr. Fernando Cantuarias Salaverry se materializó en la emisión del laudo que declaró INFUNDADA la Excepción de Incompetencia deducida por nuestra parte, la misma que evidentemente fue perjudicial para nosotros; y que ahora dudamos razonablemente se debió a la falta de neutralidad e imparcialidad del referido árbitro.

10.- En este sentido, al habernos enterado de tales circunstancias y habiendo dejado constancia que jamás consentimos la resolución que resuelve la Excepción de Incompetencia planteada por nuestra parte, habiéndonos inclusive reservado el derecho de plantear la nulidad de la misma (véase escrito de fecha 05 de octubre del 2004 presentado por nuestra parte ante el Tribunal Arbitral), formulamos recusación contra el referido árbitro, cumpliendo con adjuntar las siguientes pruebas de nuestra solicitud:

11.- Copia Literal de la Ficha del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, el mismo que designó como árbitro al Dr. Fernando Cantuarias Salaverry, en la que se puede apreciar que el representante legal de Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. señor

Enrique Lastres Berninzon se desempeña como director de la misma.



b) Copia literal de Compañía Minera Poderosa S.A. mediante la cual se acredita que el señor Lastres Berninzon se desempeñaba como director de la misma, al mismo tiempo en que el señor Fernando Cantuarias Salaverri ejercía la representación de la referida empresa.

c) Copia del Testimonio de la Escritura Pública de Fusión por Absorción otorgada por Compañía Minera Poderosa S.A. y otras de fecha 30 de Diciembre de 1996, ante el notario Público de Lima Ricardo Fernandini Arana, en la que figuran como accionistas de Compañía Minera Poderosa S.A., el señor Enrique Lastres Berninzon y el señor Fernando Cantuarias Alfaro, padre del árbitro recusado.

d) Copia de los actuados en el proceso arbitral seguido por Compañía Minera Poderosa S.A. con Minero Pataz EPS, mediante la cual se acredita que el abogado patrocinante de Compañía Minera Poderosa S.A., era el señor Fernando Cantuarias Salaverri.

e) Copia de la resolución del Tribunal Arbitral donde se puede apreciar que el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, el mismo que designó al árbitro Fernando Cantuarias Salaverri, funcionaba en la Calle Porta N°755 - Miraflores, inmueble perteneciente al señor Enrique Lastres Berninzon.

**POR TANTO:**

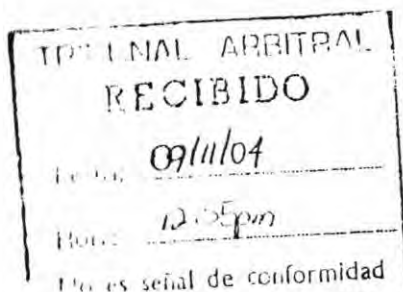
Solicito a Usted Señor Presidente del Tribunal Arbitral, tener presente lo expuesto y proveer conforme a ley, dando trámite a la presente recusación como corresponde.

**Y OTROSI DIGO.-** Que, cumplimos con adjuntar copias del presente escrito en número suficiente.

Lima, 29 de octubre del 2004

# ANEXO 2





Anexo 3

✓  
21  
centun

## SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY, identificado con DNI No. 07278958, en su calidad de miembro del Tribunal Arbitral, en la recusación promovida por la COMPAÑIA DE EXPLORACIONES ALGAMARCA S.A., en el proceso arbitral seguido por Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. con Compañía Minera Algamarca S.A. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., con el debido respeto digo:

Que, en término oportuno y al amparo de lo dispuesto en el artículo 31° de la Ley General de Arbitraje (en adelante "LGA"), procedo a realizar mis descargos respecto a la recusación planteada por COMPAÑIA DE EXPLORACIONES ALGAMARCA S.A. (en adelante "EXPLORACIONES").

### I. ESCENARIO DE LA RECUSACIÓN

EXPLORACIONES afirma la existencia de causa de duda justificada sobre mi imparcialidad o independencia, sustentándola en:

1. Que no habría cumplido con comunicar a las partes acerca de todas las circunstancias que pudieran dar lugar a una posible recusación, como lo impone el artículo 29° de la LGA.
2. Que yo habría sido designado por el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía a solicitud de Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. (en adelante "SULLIDEN"), en un proceso que califican de cuestionable.
3. Que el doctor Enrique Lastres Berninzon que ejerce la representación legal de SULLIDEN es a su vez directivo del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, entidad que me designó como árbitro.





22  
centavos

4. Que, considerando que el doctor Enrique Lastres Berninzon es representante legal de SULLIDEN y director del Instituto que procedió a mi designación, esta situación hace manifiesta la falta de idoneidad de mi persona "en razón de existir serias dudas sobre su imparcialidad debido a la innegable conexión existente [entre mi persona] con el señor Enrique Lastres Berninzon y las circunstancias que hoy conocemos y procedemos a relatar".

5. Que esta innegable conexión existente entre el doctor Enrique Lastres Berninzon y mi persona se debe a que el mencionado abogado también se desempeñó como miembro del Directorio de la Compañía Minera Poderosa S.A., conjuntamente con mi señor padre el doctor Fernando Cantuarias Alfaro (Socio Fundador del Estudio Cantuarias).

6. Que, además, la referida empresa Compañía Minera Poderosa S.A. sostuvo un proceso arbitral en el año 1996 con Minero Pataz E.P.S., en el que el suscrito fue contratado para la defensa legal de la Compañía Minera Poderosa S.A.

7. Que, como el señor Enrique Lastres Berninzon era director de Compañía Minera Poderosa S.A., él habría ejercido la codefensa de ese caso, por lo que habría "supervisado" mi actuación como abogado.

8. Lo señalado en el punto anterior implicaría además, que habría existido una relación de dependencia entre mi persona y el doctor Enrique Lastres Berninzon, que no habria sido informado por mi persona a las partes y a los demás árbitros en este proceso.

9. Es más, se afirma que no solo habría una relación de dependencia, sino una "vinculación profesional indirecta entre el Sr. Enrique Lastres Berninzon" y mi persona, que se habria mantenido oculto a las partes.

23  
centésimas



## II. CUESTIONES PREVIAS

Señor Presidente, previo a realizar mis descargos, creo conveniente que se consideren las siguientes cuestiones:

1. Debe quedar claro al Tribunal Arbitral que la recusación es por la supuesta existencia de dependencia y por el supuesto vínculo profesional indirecto entre el doctor Enrique Lastres Berninzon y mi persona y no porque supuestamente habría incumplido con informar a las partes de ciertos hechos.

En efecto, el artículo 28° de la LGA sanciona con la recusación tres supuestos taxativos, entre los que no se encuentra, por obvias razones, la falta de cumplimiento del artículo 29° de la LGA (obligación de informar), ya que, como analizaré más adelante, la LGA sólo exige informar aquello que efectivamente puede dar lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia de un árbitro.

En otras palabras, no cabe una recusación por el simple hecho de alegar el artículo 29° de la LGA, salvo que se demuestre que la falta de información genera dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia de un árbitro.

2. Si bien es cierto en más de una oportunidad se hace mención a mi designación como árbitro por el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, entiendo señor Presidente que no se me está recusando por la causal contenida en el inciso 1) del artículo 28° de la LGA (deficiente constitución del tribunal arbitral).

En otras palabras, entiendo del escrito de recusación que no se me recusa porque hubiera sido mal designado por el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, sino porque el doctor Enrique Lastres Berninzon

24  
cent  
años



que es directivo de esa Institución tendría vínculos conmigo que hacen dudar acerca de mi imparcialidad e independencia.

3. Esto último señor Presidente es importante, porque la propia empresa recusante reconoce que "desde un inicio se rehusó a realizar la designación de árbitros, toda vez que siempre desconocimos el contrato de fecha 11 de noviembre del 2002 y el convenio arbitral inserto en él", por lo que, "[a]nte nuestra negativa a designar árbitro, éste nos fue asignado por el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía...".

En ese sentido, si la empresa recusante hubiera querido recusarme por algún supuesto problema derivado de mi designación por parte del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, lo hubiera podido plantear al amparo del inciso 1 del artículo 28° de la LGA, "inmediatamente después de conocida la causa que la motiva" como exige el artículo 31° de la LGA. Sin embargo, designado que fui hace muchos meses, en momento alguno se me ha recusado por este tema, ya que fui designado por la entidad nominadora de árbitros pactado en el convenio arbitral por las partes, al no haberlo hecho EXPLORACIONES, al parecer por las razones que da en su escrito de recusación.

4. También entiendo que la referencia a mi señor padre, don Fernando Cantuarias Alfaro, es meramente referencial y anecdótica, ya que en momento alguno se ha siquiera deslizado el argumento de que yo sería parcial o dependiente por ser hijo de mi padre. Obviamente señor Presidente, a mis cuarenta años, creo que puede afirmarse, sin necesidad de mayor prueba, que ya no me unen lazos de dependencia hacia mi señor padre, más allá de la admiración, el cariño y el agradecimiento eterno que tiene todo hijo hacia su padre.

5. Por último, en el punto II.3 de su escrito de recusación, EXPLORACIONES afirma textualmente lo siguiente:



"3. Habiendo designado la parte demandante a su árbitro, quedó instaurado el Tribunal Arbitral, el mismo que debía avocarse a un arbitraje de derecho, caracterizado por la igualdad de condiciones de las partes, al contar cada una con su propio árbitro" (las negrillas con mías, he eliminado las negrillas y el subrayado del texto original).

Llamo la atención de este texto, porque considero importante llamar la atención de que el artículo 18° de la LGA establece que nadie tiene derecho a "su árbitro", simplemente porque, independientemente de la forma de designación, todos los árbitros debemos ser imparciales e independientes a las partes.

En ese sentido señor Presidente, independientemente de que aquí fui designado por la entidad nominadora de árbitros pactada por las partes en su convenio arbitral y aun cuando lo hubiera sido por la propia recusante, lo cierto es que frente a ambas partes de este proceso arbitral yo debía ser, como de hecho soy, independiente e imparcial.

6. En consecuencia, mi recusación está basada en una supuesta dependencia derivada del hecho de que el doctor Enrique Lastres Berninzon (directivo del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía) en su calidad de director de la Compañía Minera Poderosa S.A., allá por el año de 1996 habría ejercido la co-defensa y la supervisor en un caso arbitral en el que participé como abogado de una empresa absolutamente ajena a las de este arbitraje.

Es más, ese mismo hecho, generaría "una vinculación profesional indirecta" entre ambos.



### III. DEBER DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD



26  
cuentas

1. El primer párrafo del artículo 18° de la LGA, establece que "[l]os árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción. En el desempeño de sus funciones tienen plena independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones...". (el subrayado es mío)

2. Como bien afirma Lohmann,<sup>1</sup> la disposición quiere puntualizar que "aunque uno de los árbitros haya sido propuesto por una de las partes y aceptado por la otra, debe desprenderse de todo lazo o interés que pudiera vincularlo a ella, razón por la que se recalcan los deberes de imparcialidad y discreción".

3. Por su parte, el artículo 28° de la LGA establece los supuestos en los que corresponde recusar a un árbitro, a saber:

3.1. El árbitro debe reunir las condiciones previstas en el artículo 25° o en el convenio arbitral y no debe estar incurso en algún supuesto de incompatibilidad conforme al artículo 26° de la LGA.

3.2. El árbitro no debe estar incurso en alguna causal prevista en el reglamento arbitral al que se hayan sometido las partes.

3.3. No deben existir hechos o circunstancias que den lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad e independencia del árbitro.

4. En el presente caso, como ya indiqué y consta expresamente del contenido de la recusación, se me imputa la causal contenida en el inciso 3) del artículo

<sup>1</sup> Juan G. Lohmann Luca de Tena, "Ley General de Arbitraje: Unas Glosas de Urgencia". En: Informativo Legal Rodrigo, No. 80, Lima, 1993, p. 2.28.



27  
Cantón

28° de la LGA: "Cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia".

5. Sobre este particular, Tupman<sup>2</sup> explica que conceptualmente existe una diferencia entre "independencia" e "imparcialidad", ya que la "parcialidad" está referida a un interés del árbitro en la controversia (v. gr. haber opinado legalmente del caso), mientras que la "independencia" está mas vinculada a pasadas o actuales relaciones profesionales, comerciales, familiares o sociales entre el árbitro y una de las partes, sus familiares o asesores.<sup>3</sup>

6. En esta recusación, entiendo señor Presidente que se alegaría una supuesta dependencia, por la supuesta existencia de pasadas relaciones profesionales entre el doctor Enrique Lastres Berninzon y mi persona.

7. Sin embargo, verifiquemos en primer lugar que los hechos alegados para mi recusación, se limitan a identificar que en el año de 1996 mi persona como abogado del Estudio Cantuarias intervino como abogado en un caso arbitral seguido por la Compañía Minera Poderosa S.A. contra la empresa Minero Pataz

<sup>2</sup> W. Michael Tupman, "Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration". En: *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, 1989, p. 29. "Conceptually, there is a distinction between 'impartiality' and 'independence'. An arbitrator can be partial if he has some relationship to the subject matter in dispute, such as an acknowledged predisposition regarding the legal issues to be decided. One obvious example is if he has previously rendered a legal opinion on one of those issues... Independence connotes some prior or current relationship with one of the parties or its legal adviser, either business, professional or social. Municipal statutes and the case law, however, tend to use the terms impartiality and independence interchangeably..."

<sup>3</sup> Guillermo Aguilar Alvarez, "The Challenge of Arbitrators". En: *Arbitration International*, Vol. 6, No. 3, 1990, p. 214. "Generally it is held that independence involves the relationship between the arbitrator and the parties, whilst impartiality -thought of more as the essential ethical duty of the arbitrator - concerns the relationship between the arbitrator and the subject matter of the dispute, or the adoption of a position in favour of one of the parties". Tibor Várady, John J. Barceló, III & Arthur T. von Mehren, "International Commercial Arbitration", West Group, St. Paul, Minnesota, 1999, p. 277. "One may lack independence because of the existence of personal, affective or financial interests and ties with one party, directly or indirectly interwoven. Attention should thus be focused on professional, family and social relations likely to curtail the arbitrators' independence or even allow the impression that such independence is endangered".



E.P.S.; decir, se trató de un proceso arbitral desarrollado hace OCHO AÑOS, entre empresas absolutamente ajenas a esta controversia.

8. Como obviamente ese simple hecho no ameritaría infracción alguna a las reglas de la independencia y la imparcialidad, la recusante afirma la existencia de una supuesta dependencia, simplemente porque en aquella época el doctor Enrique Lastres Berninzon era director de la empresa Compañía Minera Poderosa S.A., empresa que a su vez era cliente del bufete de abogados en el cual desarrollaba, en aquella época, mi ejercicio profesional.

Es más, afirma la recusante que la posición del doctor Lastres habría sido una de "codefensa del caso" y que, además, me habría supervisado.

9. Señor Presidente, una empresa totalmente ajena a las de esta controversia contrata a un bufete de abogados para que se encargue de su defensa legal en un arbitraje allá por el año de 1996 y, en mi calidad de abogado de ese bufete de abogados, se me asignó la prestación específica del servicio legal a la empresa Compañía Minera Poderosa S.A.

En ese sentido, entiendo señor Presidente que hablar de "codefensa del caso" por parte de uno de los directores de la empresa que ha contratado los servicios profesionales de un bufete de abogados no se ajusta a la realidad de las cosas.

10. Podría, sin embargo, afirmarse que como el doctor Enrique Lastres Berninzon era director de la empresa Compañía Minera Poderosa S.A., en su calidad de tal podía decidir la permanencia del bufete de abogados en el que laboraba en la prestación del servicios profesional al que fui asignado para el caso.

Ello en todo caso no es cierto señor Presidente, porque el señor Enrique Lastres no podía decidir esa permanencia en la prestación del servicio profesional, sino



29  
Bernin

que esa decisión correspondía en exclusiva al Directorio o la Gerencia General de Compañía Minera Poderosa S.A., órganos absolutamente independientes y ajenos a la persona del señor Lastres.

11. En ese sentido, mi intervención como asesor legal prestando un servicio profesional allá por el año de 1996 a una empresa totalmente ajena a las que participan en este arbitraje, no generó y menos genera un supuesto de "codefensa del caso" o un supuesto de "supervisión" por parte del doctor Enrique Lastres Berninzon hacia mi persona.

12. En el mismo sentido, ¿es posible afirma la existencia de una supuesta vinculación profesional indirecta (como la denomina la recusante) entre el doctor Enrique Lastres Berninzon y mi persona, si quién me contrató para ejercer mi servicio profesional fue la empresa Compañía Minera Poderosa S.A.?

13. Es más señor Presidente, aun en el hipotético y negado caso que fuera posible afirmar que los hechos identificados en la recusación identificarían una supuesta "codefensa del caso", una "supervisión" del doctor Lastres hacia mi persona y una supuesta "vinculación profesional indirecta" entre ambos, lo cierto es que estos supuestos vínculos se habrían producido a principios de 1996 (hace más de ocho años), no habiendo afirmado la recusante y menos probado, que esos supuestos vínculos se mantuvieran en la actualidad o en un pasado reciente.

14. Señor Presidente, es de público conocimiento que en junio de 1996 fui designado mediante Resolución Suprema publicada en el diario oficial El Peruano como Gerente Legal de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), habiéndome mantenido en dicha entidad pública hasta diciembre de 2000, en los cargos adicionales de Gerente de Planeamiento y Operaciones y Coordinador Nacional de la Formalización, respectivamente.





30  
marzo

Una vez culminado mi trabajo en dicha entidad pública, en enero de 2001 fui designado Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), entidad en la que laboro y en la que comparto mi tiempo como árbitro en decenas de procesos arbitrales.

15. Justamente señor Presidente mi experiencia profesional de los últimos ocho años, a la que se suma mi posición como Decano de una prestigiosa facultad de derecho, es lo que me ha permitido y me permite participar exclusivamente como árbitro en decenas de procesos arbitrales, ya que difícilmente puedo estar ante un supuesto de dependencia o imparcialidad.

16. En el presente caso señor Presidente y como transparentemente lo informé a todas las partes y los miembros del Tribunal Arbitral mediante comunicación de 28 de junio de 2004, acepté y mantengo mi posición como árbitro, ya que no he mantenido ni mantengo vínculo alguno con alguna de las partes, sus representantes y abogados que pudiera afectar mi absoluta imparcialidad e independencia.

17. En consecuencia señor Presidente, entiendo que no existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas acerca de mi imparcialidad e independencia.

18. Muy bien, ¿cambia en algo mi afirmación, el hecho que no haya informado al Tribunal Arbitral y a las partes acerca del proceso arbitral de 1996 seguido por Compañía Minera Poderosa S.A. con Minera Pataz E.P.S.?

#### IV. Deber de información

1. El artículo 29° de la LGA, establece que "[l]a persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a una posible recusación, y el árbitro, desde el momento



31  
mante

de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes...

Las partes pueden dispensar las causas de recusación que conociera y, en tal caso, no procederá recusación o impugnación del laudo por tales motivos".

2. Como explican *Fouchard Gaillard Goldman*, el propósito del deber de información es el de asegurar que las partes puedan recusar a un árbitro, cuando consideren que éste no posee o ya no reúne las condiciones de independencia e imparcialidad necesarios.<sup>4</sup>

3. Sin embargo, esto no significa que los árbitros se encuentran obligados a revelar con lujo de detalle su biografía comercial o personal, sino que simplemente tienen que informar sobre hechos y/o circunstancias relacionadas con las partes y el conflicto que pudieran dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad e independencia.

4. En el presente caso señor Presidente, yo no me encontraba obligado a informar del proceso arbitral seguido por Compañía Minera Poderosa S.A. y Minero Pataz E.P.S., simplemente porque, independientemente de su antigüedad, ninguna de las dos empresas es parte directa o indirecta de este proceso arbitral.

Por tanto, si mi participación como prestador del servicios de asesoría legal a la empresa Compañía Minera Poderosa S.A. en 1996 no da lugar a duda justificada alguna acerca de la imparcialidad e independencia, con mayor razón, entonces, no había por qué informarlo a las partes.

5. Es más señor Presidente, asumamos por un momento que debí informar acerca de este proceso arbitral seguido por dos empresas totalmente ajenas a

<sup>4</sup> *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Emmanuel Gaillard & John Savage (Eds.), 1999., p. 573. "The purpose of the arbitrator's duty of disclosure is to ensure that the parties are able to challenge that arbitrator if, in their view, the arbitrator does not meet (or no longer meets) the applicable conditions of independence and impartiality".



32  
minutos

esta controversia. ¿Acaso la falta de información implica per se la procedencia de la recusación?

6. Entiendo en base a la LGA que la respuesta es que no, porque no basta identificar que un árbitro no ha informado un hecho, sino que, además, hay que demostrar la existencia de un peligro real de parcialidad o dependencia derivado de la falta de información.

7. En efecto, Craig, Park & Paulsson destacan un fallo emitido por una Corte de Apelaciones inglesa, en los seguidos por AT&T Corporation y Lucent Technologies c. Saudi Cable Company, resuelto recientemente en el año 2000.<sup>5</sup>

En este caso, una de las partes descubrió que el Presidente del Tribunal Arbitral (un distinguido árbitro del Canadá), era director de Nortel (una empresa competidora directa de AT&T). Si bien el árbitro había informado de este hecho al Centro de Arbitraje, lo cierto es que la entidad arbitral no lo había transmitido a las partes.

Sin embargo, la Corte consideró que esa circunstancia no informada (ser director de Nortel), no era suficiente razón para recusar al árbitro (en este caso, anular el laudo arbitral por el mismo motivo), ya que necesariamente había que demostrar, además, que efectivamente el hecho no informado generaba una duda justificada acerca de la imparcialidad e independencia del Presidente, por lo que el incumplimiento en el deber de información era intrascendente.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3era. Ed., Oceana Publications, Inc./ICC Publishing SA, 2000, p. 222. "The English Court of Appeal's decision in AT&T is an important contribution to the jurisprudence concerning arbitrator challenge. On the issue of disclosure the Court conditioned the setting aside of the award for a failure of disclosure on some showing of a real danger of bias from the failure, which was lacking in the matter before them. The pragmatism of the approach should serve to preserve the efficacy of awards from attack based on purely formal failures of disclosure".

<sup>6</sup> Andrew I. Okekeifere, "Appointment and Challenge of Arbitrators Under the UNCITRAL Model Law: Part 2: Challenge". En: *International Arbitration Law Review*, Vol. 3 No. 1, 2000, p. 13. "Doubt . are reasonable doubts, not foolish or imaginary doubts. Therefore, circumstances that cannot give rise to reasonable doubts need not be disclosed".

8. En consecuencia, no cabe recusar a un árbitro simplemente porque no informó de un hecho que luego una de las partes saca a la luz.

9. En el presente caso señor Presidente, insisto que el no haber informado acerca de que fui contratado para prestar una asesoría legal a una empresa totalmente ajena al presente caso en un arbitraje seguido frente a otra empresa también extraña a esta controversia en 1996, en nada perjudica mi situación de independencia e imparcialidad, simplemente porque no se trata de un hecho que tenía por qué revelar.

En conclusión señor Presidente, me ratifico que soy plenamente independiente e imparcial frente a ambas partes de esta controversia.

Me ratifico también que no he mantenido ni mantengo relación alguna con el doctor Enrique Lastres Berninzon. La única oportunidad en la que he tenido alguna relación con dicho profesional, fue cuando cursé la asignatura universitaria "Derecho Minero" en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, curso que llevé, junto con más de 80 de mis compañeros de promoción allá por el año de 1987 o 1988, en una típica relación profesor-alumno. Cabe aclarar que también tuve la misma relación profesor-alumno, con el doctor Gonzalo García Calderón, quién dictó el curso de Arbitraje en la misma escuela de leyes en el año de 1988. Obviamente señor Presidente, esta información no tenía por qué ser revelada, ya que no genera vínculo alguno con ninguno de ellos, salvo por el recuerdo grato de todos mis excelentes profesores durante mi periodo como estudiante universitario.

#### POR TANTO:

A Ud. señor Presidente, ruego tener por presentados mis descargos a la recusación planteada a mi persona.



33  
print



# ANEXO 3





Anexo 4  
31  
cantuari

Arbitraje Ad hoc  
SULLIDEN - ALGAMARCA

Resolución N° 75

25 de noviembre de 2004

**VISTOS:**

1. Mediante escrito de fecha 2 de noviembre del 2004, la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. (en adelante "EXPLORACIONES ALGAMARCA"), formula recusación en contra del árbitro Fernando Cantuarias Salaverri, alegando existencia de causa de duda justificada sobre su imparcialidad o independencia. EXPLORACIONES ALGAMARCA afirma que las partes tienen derecho de contar cada una con su árbitro y que el árbitro Cantuarias había sido nombrado por el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía ante la negativa de su parte de nombrar árbitro y que, como consecuencia de ello, existe un "árbitro impuesto" que tenía la obligación de informar de todas las circunstancias que originaran dudas justificadas sobre su imparcialidad, deber que, considera la recusante, fue abiertamente incumplido por el referido árbitro.

2. EXPLORACIONES ALGAMARCA alega asimismo que el doctor Enrique Lastres Berninzon es representante legal de Sulliden Shahuindo SAC y simultáneamente directivo del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía que fuera encargado de la designación del árbitro recusado. Alega también que el doctor Lastres se desempeñaba como director de Compañía Minera Poderosa, empresa en la cual era director el doctor Fernando Cantuarias Alfaro socio fundador del Estudio Cantuarias, el cual fue contratado por la referida compañía para el patrocinio en un procedimiento arbitral contra Minero Pataz EPS, habiendo ejercido la defensa el doctor Fernando Cantuarias Salaverri; que siendo el doctor Lastres "director legal" de la misma había "prácticamente" ejercido la codefensa del caso al ser supervisor del doctor Fernando Cantuarias Salaverri. Como consecuencia de ello, advierte EXPLORACIONES ALGAMARCA, se evidencia la existencia de una relación de "dependencia" entre el doctor Lastres y el árbitro recusado, todo lo que se omitió informar eludiendo la obligación señalada en el artículo 29° de la Ley General de Arbitraje.

3. EXPLORACIONES ALGAMARCA presenta como medios probatorios el mérito de las instrumentales siguientes:

5



35-  
runkani

(i) Testimonio de la escritura pública de fusión por absorción otorgada por Cía. Minera Poderosa S.A. y otras cuatro compañías mineras controladas al 100% por Cía. Minera Poderosa de fecha 20 de diciembre de 1996, en la que en una de las actas insertas a la escritura pública aparecen como accionistas el doctor Fernando Cantuarias Alfaro y el doctor Enrique Lastres Berninzon. Si bien el mérito de dicho instrumento es mencionado como causa de la recusación, se indica que el padre del árbitro recusado es accionista en una sociedad en donde el doctor Enrique Lastres Berninzon también es accionista. De la lectura del instrumento se constata que los mencionados abogados aparecen como accionistas minoritarios de Cía. Minera Poderosa, sociedad que en dicha oportunidad era controlada por la familia Arias Dávila;

(ii) Copia de los actuados en el proceso arbitral seguido por Cía. Minera Poderosa S.A. con Minera Pataz EPS en la cual se acredita que el árbitro recusado actuó como abogado de Cía. Minera Poderosa.

Efectivamente, de la lectura de la copia presentada se constata que el árbitro recusado representó a Cía. Minera Poderosa en el proceso arbitral seguido contra Minera Pataz EPS. Asimismo, aparece de las propias copias presentadas que la demanda arbitral fue presentada el 20 de abril de 1995 y que con fecha 30 de mayo de 1995 Minera Pataz EPS presenta desistimiento de la demanda arbitral y que la intervención del árbitro recusado como abogado de Cía. Minera Poderosa se limitó a señalar la incompetencia del Tribunal Arbitral y el desistimiento presentado.

(iii) Copia de la resolución de un Tribunal Arbitral de donde se colige que el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía funcionaba en la oficina del doctor Enrique Lastres Berninzon por lo que se aduce puede existir la vinculación del referido doctor Lastres con el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía que, en cumplimiento del convenio arbitral que da lugar al presente arbitraje, nombra árbitro al doctor Cantuarias Salaverry en rebeldía de la demandada.

4. Mediante escrito de fecha 8 de noviembre de 2004, el árbitro recusado niega la recusación y presenta descargos indicando la diferencia entre independencia e imparcialidad. Interpreta que la parcialidad supone un interés del árbitro en la controversia (o debe entenderse en el resultado de la misma) en tanto que la independencia está vinculada a la existencia de relaciones profesionales, comerciales, familiares o sociales entre el árbitro y una de las partes sus familiares o asesores. Que los hechos se limitan a sindicar que en 1996 intervino como abogado del Estudio Cantuarias en el caso arbitral ya referido; que el Director Lastres no podía decidir



36  
puntos

la contratación del Estudio Cantuarias sino que era la propia sociedad la que decidió ello; que no existió codefensa ni supervisión de los servicios del Estudio por parte del doctor Lastres de los breves servicios prestados en el caso a través del Estudio de propiedad de su padre. Precisa además el árbitro recusado que en junio de 1996 dejó de trabajar en el Estudio Cantuarias al haber sido nombrado para un cargo público, en donde laboró hasta diciembre de 2000, habiendo sido luego designado Decano de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) por lo que los supuestos vínculos no existirían sino hasta el referido mes de junio del 1996.

5. Finalmente, el árbitro recusado alega que el deber de informar a que se refiere el artículo 29° de la Ley General de Arbitraje tiene como propósito "asegurar que las partes puedan recusar a un árbitro cuando consideren que éste no posee o ya no reúne las condiciones de imparcialidad necesarios", que como consecuencia de ello, los árbitros no se encuentran en la obligación de revelar su "biografía" comercial sino que deben revelar hechos relacionados con las partes y el conflicto sometido a arbitraje que pudiesen dar lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad e independencia; que no se encontraba en la obligación de informar sobre el proceso arbitral de referencia porque *"...independientemente de su antigüedad ninguna de las dos empresas es parte directa o indirecta en éste proceso arbitral"*; concluyendo que la falta de información no implica la procedencia de la recusación al no existir peligro real de parcialidad o dependencia derivado de la falta de información.

6. Mediante recurso de fecha 9 de noviembre de 2004, el doctor Enrique Lastres, representante legal de Minera Sulliden Shahuindo SAC, presenta sus alegatos indicando que EXPLORACIONES ALGAMARCA estuvo informada del proceso de designación del árbitro recusado por parte del mencionado Instituto y conoció de su abstención en la designación del árbitro recusado; que EXPLORACIONES ALGAMARCA aceptó la idoneidad del árbitro mediante escrito de 21 de julio de 2004; que la recusación no ha sido planteada inmediatamente después de conocida la causa que la motiva; que no participó en la designación del árbitro recusado; que si bien era director de Cja. Minera Poderosa conjuntamente con el doctor Fernando Cantuarias Alfaro jamás tuvo contacto con el doctor Cantuarias Salaverri y que no ha ejercido supervisión o coordinación en relación a los servicios profesionales de defensa legal que éste desarrolló en el referido arbitraje; que su oficina no es el domicilio del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía y que en ningún caso puede probarse que el dueño de un inmueble puede influir en las decisiones que válidamente adopte una Junta Directiva que sesiona en dicho inmueble.



7. Que mediante escrito de fecha 10 de noviembre de 2004 EXPLORACIONES ALGAMARCA solicita el uso de la palabra, lo que fue concedido para el día 23 de noviembre a las 15:30.

8. Asimismo, por su lado, el doctor Enrique Lastres representante legal de Minera Sulliden Shahuindo SAC ha presentado como prueba la carta del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía a EXPLORACIONES ALGAMARCA comunicando el nombramiento, en defecto de nombramiento de árbitro por EXPLORACIONES ALGAMARCA, del árbitro Fernando Cantuarias Salaverry haciendo hincapié en la abstención del doctor Enrique Lastres Berninzon; copia del acta del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía de fecha 23 de diciembre de 2003 en la cual se nombra al doctor Fernando Cantuarias Salaverry árbitro en defecto de nombramiento por EXPLORACIONES ALGAMARCA, en la cual aparece que excusa su asistencia el doctor Enrique Lastres Berninzon; copia de documentos que explican la razón de la mención del domicilio del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía en la oficina del doctor Enrique Lastres Berninzon y la certificación del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía de que el domicilio del mismo es en el presente calle Roca de Vergallo 457 Magdalena del Mar.

9. Como estaba programado, el 23 de noviembre de 2004 se llevó adelante la Audiencia, en la cual se concedió el uso de la palabra solicitado por EXPLORACIONES ALGAMARCA en su escrito de fecha 10 de noviembre de 2004, ocasión en la que la recusante se ratificó en su dicho y adicionalmente expresó que la recusación obedece a un criterio subjetivo, a la conciencia de la parte que la alega, por lo que, en su criterio, era suficiente la existencia de ciertos nexos con una de las partes, aunque el nexo sea endeble y pasado para su procedencia. Afirmó que existe jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en dicho sentido y que si existían simplemente dudas justificadas, debía atenderse el pedido de recusación. Indicó además que en la discusión del proyecto de la Ley General de Arbitraje se propuso la modalidad de la recusación de parte sin expresión de causa, lo que no fue acogido, que la subjetividad depende de la parte y en el presente caso, la recusación debe ser declarada procedente.

10. El representante legal de EXPLORACIONES ALGAMARCA expresó que el asunto era un tema de debido proceso enmarcado dentro del concepto de juez imparcial contenido en la Convención Americana de Derechos Humanos y que, en el presente caso, su representada no tenía confianza en el árbitro recusado, quien inclusive ha aceptado la existencia de la relación motivo de la recusación.



33  
mintachi

11. El doctor Enrique Lastres a título personal -por considerando que había sido aludido en la recusación y durante la audiencia- hizo uso de la palabra en la Audiencia del 23 de noviembre de 2004 para ratificar lo expresado por su escrito de fecha 9 de noviembre de 2004 y desmintió las afirmaciones sobre su intervención o influencia en el nombramiento del árbitro Cantuarias Salaverry por parte del Instituto Nacional de Derecho de Minería Petróleo y Energía y en el funcionamiento de éste último. Precisa en este contexto que afirmaba bajo juramento ante el Tribunal que solamente había conocido personalmente al doctor Fernando Cantuarias Salaverry al haberse iniciado el presente arbitraje y no antes. Sobre esta base, el doctor Enrique Lastres Berninzon rechazó toda insinuación sobre la vinculación previa que pudo haber tenido antes del nombramiento del doctor Cantuarias Salaverry por parte del mencionado instituto, para integrar el presente Tribunal.

12. Mediante escrito de 24 de noviembre de 2004, EXPLORACIONES ALGAMARCA presenta recurso adjuntando doctrina respecto de la independencia e imparcialidad de los árbitros.

#### CONSIDERANDO:

13. Que, para resolver la recusación planteada el Tribunal ha de tomar en cuenta los siguientes dispositivos legales: (i) el artículo 28° de la Ley General de Arbitraje -LGA-, que establece que los árbitros pueden ser recusados por las causas señaladas en dicho artículo, habiendo sido éstas objeto de una enumeración taxativa. Conforme aparece en autos, la recusación presentada por EXPLORACIONES ALGAMARCA contra el árbitro doctor Fernando Cantuarias Salaverry se basa en el inciso 3) del artículo 28° de la LGA es decir "*cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia*". Asimismo, (ii) la LGA establece condiciones para la recusación en el artículo 30°, que indica que "*los árbitros nombrados por la otra parte o por un tercero pueden ser recusados también por causa anterior al nombramiento*"; (iii) el artículo 31° de la LGA dispone que "*la parte que formula recusación debe hacerlo inmediatamente después de conocida la causa que la motiva, justificando debidamente las razones en las que se basa y siempre que no haya vencido el plazo probatorio...*"; y, finalmente (iv) el artículo 29° de la LGA que impone al árbitro el deber de revelar "*todas las circunstancias que puedan dar lugar a la recusación*".

14. De lo anterior se deriva que para absolver la recusación planteada, en aplicación de la LGA, el Tribunal tiene que responder a las siguientes preguntas:

W



34  
pendencia

- ¿La circunstancia alegada por EXPLORACIONES ALGAMARCA es capaz de generar dudas justificadas respecto a la imparcialidad o independencia del árbitro?

- ¿La prueba aportada permite concluir, aplicando los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, que se trata de dudas que pueden calificar como justificadas para admitir la falta de imparcialidad o independencia del árbitro?

- ¿La omisión del árbitro de informar la circunstancia alegada constituye una omisión que justifica su recusación?

15. En primer lugar, este Tribunal considera que las condiciones que debe reunir toda recusación para que sea procedente de acuerdo a la LGA son: (i) la existencia de hechos que generen dudas; (ii) que la duda se refiera a la imparcialidad del árbitro recusado o su independencia; (iii) que la recusación se efectúe oportunamente, esto es, inmediatamente después de conocida la causa y dentro del plazo probatorio; y, (iv) que las razones por las que se alega carencia de imparcialidad o falta de independencia sean debidamente justificadas.

16. Es criterio del Tribunal, contrariamente a lo afirmado por la parte recusante -en el sentido de interpretar que el derecho de recusación se basa en motivos puramente subjetivos, en aplicación de una regla *per se* que le permite cuestionar a un árbitro sustentándose exclusivamente en circunstancias que generen el sentimiento personal de desconfianza (*Commonwealth Corp. Versus Continental Casualty Co* 393 US (1968)- que la ley arbitral peruana adhiere a la doctrina de la recusación con regla de razón. Efectivamente, el inciso 3) del artículo 28° de la LGA obliga a ponderar, en aplicación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, si las dudas que una circunstancia determinada genera en torno a la imparcialidad de un árbitro son justificadas o no.

17. El Tribunal hace notar a este respecto que la doctrina presentada por la propia parte recusante señala que existen diversas circunstancias que militan en contra del resultado adoptado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en este caso. Critica que se haya hecho valer un vínculo "endebles y pasado" y que nunca se haya acreditado ausencia de independencia o falta de imparcialidad sino todo lo contrario, dejando claro el autor (GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco. "Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros". Artículo adjunto a su escrito de fecha 10 de noviembre de 2004 que puede obtenerse en <http://www.coladimx.org/index.html>) que existen numerosas

5





40  
una sola

opiniones disidente de primera y segunda instancia y de la Corte Suprema misma con respecto a ella. Es del caso mencionar más bien que el mismo autor, en la página 21 bajo el rubro "Precauciones al Adoptar la Teoría de la Apariencia de Imparcialidad" advierte que ésta debe tomarse con reserva y no adoptando una "regla *per se*". En opinión del autor para que proceda la aplicación de ésta derivada del incumplimiento del deber de revelar del árbitro, la parte que lo alega debe acreditar claramente el perjuicio que haya sufrido, concluyendo que la simple apariencia no debe ser suficiente para que proceda la recusación.

18. Consecuentemente, en el sistema peruano, aplicando la interpretación literal de la expresión "que existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas" corresponde al Tribunal analizar lo alegado y aportado por las partes en atención a las siguientes afirmaciones:

- (a) que el padre del árbitro recusado es accionista minoritario, junto con el doctor Enrique Lastres Berninzon, en una sociedad anónima minera, a la que -como veremos más adelante- representó en un proceso arbitral hace ocho años;
- (b) que el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía tuvo en su momento una oficina en la misma dirección del doctor Enrique Lastres; y que siendo el referido Instituto aquel que por la rebeldía de EXPLORACIONES ALGAMARCA nombró árbitro al doctor Fernando Cantuarias Salaverri pudo haber el doctor Lastres Berninzon ejercido influencia indebida;
- (c) que el árbitro recusado fue abogado en 1996 de la sociedad en la que el doctor Lastres y el padre del árbitro recusado eran accionistas (minoritarios) y directores, de donde la recusante deriva que el doctor Lastres contrató al árbitro recusado, co-defendió con el árbitro recusado y/o supervisó el trabajo profesional del árbitro recusado lo que ha generado un vínculo que mina la imparcialidad del árbitro;

19. Al respecto, este Tribunal evalúa que:

- (a) El doctor Cantuarias Salaverri ha reconocido su participación como abogado defensor de Compañía Minera Poderosa S. A. en 1996 y que su actuación se limitó a suscribir dos escritos en 1996 y nada más, pues luego pasó a desempeñar un cargo público.





41  
Culminado

- (b) Los hechos probados dan cuenta de que se dio una relación puramente circunstancial del árbitro Cantuarias Salaverri con la empresa en la que el doctor Lastres Berninzon era accionista y director en fecha lejana (1996).
- (c) La participación como abogado del árbitro Cantuarias Salaverri en defensa de Compañía Minera Poderosa S. A. se limitó a solicitar la prórroga del plazo para contestar la demanda (mediante escrito del 5 de marzo de 1996) e impugnar la competencia de dicho Tribunal Arbitral (mediante escrito del 12 de marzo del mismo año) alegando a tal efecto, entre otras cosas, el desistimiento previo de la parte demandante en dicho proceso.
- (d) El lapso en que pudo haber vinculación entre el doctor Lastres Berninzon y el árbitro Cantuarias Salaverri, bajo una alegada relación cliente-abogado defensor, se limitó -de acuerdo a lo actuado- a marzo de 1996 - junio 1996 ocasión en la que el aludido árbitro fue elegido Gerente Legal de COFOPRI a dedicación exclusiva de la institución en la que prestó servicios hasta el mes de enero de 2001, puntualizando que en dicho período ocasionalmente elaboró consultas jurídicas sobre materia arbitral sin que ninguna de ellas tuviera relación con el doctor Lastres Berninzon, ni con las partes involucradas en el presente arbitraje, ni con el asunto materia de la presente controversia.
- (e) A partir de enero de 2001 el árbitro Cantuarias Salaverri se ha desempeñado como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y como profesional independiente dedicado exclusivamente al arbitraje, sin haber tenido a este respecto vinculación profesional alguna con el doctor Lastres Berninzon, las partes en el proceso o la materia de la presente controversia.
- (f) El tiempo transcurrido entre la oportunidad en que tales hechos ocurrieron en 1996 y el presente arbitraje (2004) pone de manifiesto una notoria lejanía con relación a la actuación como árbitro del doctor Cantuarias Salaverri en el presente proceso, sin que haya demostración o comprobación alguna de elemento adicional que permita razonablemente afirmar que pueda haber vinculación actual y sustantiva entre el representante legal de la demandante y el árbitro aludido.
- (g) Por lo demás, la coincidencia entre la condición de accionista y director de Compañía Minera Poderosa S. A. que ostentó en 1996 el doctor Lastres Berninzon con la circunstancia de



42  
Cantarias

abogado defensor del árbitro Cantuarias Salaverry de la citada compañía, ocurrida hace ocho años, no tiene relación alguna con las partes ni con la materia controvertida en el presente proceso.

20. La revisión de los elementos descritos en el punto anterior lleva al Tribunal a la convicción de que ninguno de ellos brinda motivos que puedan permitir al Tribunal proporcionadamente concluir que el mencionado árbitro tiene comprometida de antemano su decisión sobre los puntos controvertidos en el presente proceso, ni ha dado muestras de parcialidad o falta de independencia en las actuaciones llevadas a cabo con las partes.

21. Como es de verse, no se encuentra vínculo de causalidad entre los hechos aducidos y la justificación necesaria de las posibles dudas que pueda generarse -como la parte recusante lo ha planteado- pues las circunstancias bajo análisis no tienen proporción ni razón suficiente como para que el Tribunal concluya que existen "razones justificadas" que ameriten admitir la recusación, menos aún si se quiere alegar los vínculos de padre-hijo. El Tribunal a este respecto toma en consideración la afirmación del árbitro de que desde 1996 ha desarrollado una vida profesional autónoma del Estudio de abogados de propiedad de su padre y, en todo caso, valora la circunstancia de que la actividad profesional liberal pertenece a la esfera de las relaciones comerciales con terceros como el caso del presente arbitraje

22. Asimismo, el Tribunal toma en cuenta que el cuestionamiento al Instituto tantas veces mencionado en relación al nombramiento del árbitro Cantuarias Salaverry debe relativizarse pues se trata de una decisión tomada por varias personas, al ser un cuerpo colegiado el que decide el nombramiento de los árbitros en rebeldía de una parte; y que se ha determinado en autos que el árbitro recusado intervino como abogado en un caso de Cia. Minera Poderosa no habiéndose probado que haya sido contratado por el doctor Lastres, ni que haya sido co defensor ni supervisado por el doctor Lastres, teniendo en consideración que en dicho momento el árbitro recusado trabajaba en un estudio de abogados propiedad de su padre en el cual la supervisión -de haberla- la tendría el socio a cargo del cliente, es decir, el doctor Cantuarias Alfaro.

23. A mayor abundamiento, el Tribunal repara que la parte recusante no establece claramente si su recusación se debe a la potencial parcialidad o dependencia: a lo que se suma el hecho de que, de la prueba y de las alegaciones presentadas, no es posible inferir que en razón de los hechos alegados haya motivo justificado

5



93  
manab

para admitir que pueda existir en el presente parcialidad o dependencia del árbitro recusado con el doctor Lastres.

24. También el Tribunal observa que es preciso que la recusación se efectúe en el tiempo inmediatamente después de conocida la causa y dentro del plazo probatorio; al respecto, la parte recusante no ha ofrecido ni detalles ni prueba al respecto de tal inmediatez.

25. En cuanto a que la razonabilidad y proporcionalidad necesaria para admitir la naturaleza justificada de las posibles dudas que puedan generarse en una de las partes, el Tribunal considera que admitiendo la existencia de circunstancias ocurridas hace ocho años no existen suficientes elementos para considerar que el árbitro Cantuarias Salaverry hubiese contravenido el deber de informar que impone el artículo 29° de la LGA, pues la coincidencia probada no llega a justificar la recusación pues ninguno de los hechos que promueven las dudas tienen vinculación con la controversia, ni con las partes.

26. Este Tribunal afirma su decisión en la presunción de que los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y que ejercen su función con estricta imparcialidad. La ley exige que aquella parte que considera que la presunción no es vigente o presente debe probarlo o justificarlo debidamente. En consecuencia, no es indicativo de falta de imparcialidad o de dependencia, que el árbitro haya sido nombrado por un tercero si se tiene que con la rebeldía de una de las partes así lo determinó. Máxime si se tiene en consideración que las partes así lo habían previsto en el convenio arbitral suscrito por EXPLORACIONES ALGAMARCA (cláusula sexta del contrato de transferencia de propiedades mineras del 11 de noviembre de 2002). No es admisible entonces para el Tribunal que la recusante no haya tenido oportunidad de expresar su voluntad para participar en la constitución del Tribunal sino que, por su omisión expresa, operó la intervención de un tercero en el nombramiento prevista en un contrato válidamente suscrito. Por todo ello, el Tribunal invoca a que se admita que fue la conducta de la parte recusante la que genera la alegada desventaja o falta de confianza en la composición del Tribunal, que resulta especialmente relevante si quien lo alega: se apersona al proceso, participa activamente en él, contesta la demanda, deduce excepciones y argumenta firmemente sus posiciones, presenta y actúa pruebas; todo lo cual supone admitir con sus propios hechos la legitimidad y legalidad del Tribunal, sometiéndose a las reglas del proceso y al marco legal vigente contenido en la LGA.

Por esas consideraciones el Tribunal



44  
ult. int -  
cuan

**RESUELVE:**

**PRIMERO.-** Declarar INFUNDADA la recusación del árbitro Fernando Cantuarias Salaverri deducida por la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. mediante escrito de fecha 2 de noviembre de 2004.

Jorge Santistevan de Noriega  
Presidente del Tribunal Arbitral

Víctor Ávila Cabrera  
Arbitro

Mayte Remy Castagnola  
Secretaria Arbitral

# ANEXO 4







Anexo 5

41-  
cuanta

9.12.04

**SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL:**

**FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY**, identificado con DNI No. 07278958, en su calidad de miembro del Tribunal Arbitral, en el petitorio de nulidad promovido por la **COMPAÑÍA DE EXPLORACIONES ALGAMARCA S.A.** contra la resolución que declaró sin lugar el recurso de reposición deducido respecto a la resolución que declaró infundada la recusación promovida en mi contra, en el proceso arbitral seguido por **Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.** con **Compañía Minera Algamarca S.A.** y **Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.**, con el debido respeto digo:

Que, en término oportuno procedo a realizar una vez más mis descargos solicitados por el Tribunal Arbitral, ante un nuevo recurso presentado por **COMPAÑÍA DE EXPLORACIONES ALGAMARCA S.A.** (en adelante "EXPLORACIONES").

## **I. ESCENARIO DE LA RECUSACIÓN DECLARADA INFUNDADA**

Como observé en su momento, **EXPLORACIONES** afirmó la existencia de causa de duda justificada sobre mi imparcialidad o independencia, sustentándola en:

1. Que no habría cumplido con comunicar a las partes acerca de todas las circunstancias que pudieran dar lugar a una posible recusación, como lo impone el artículo 29° de la LGA.
2. Que yo habría sido designado por el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía a solicitud de **Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.** (en adelante "SULLIDEN"), en un proceso que califican de cuestionable.
3. Que el doctor **Enrique Lastres Berninzon** que ejerce la representación legal de **SULLIDEN** era a su vez directivo del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, entidad que me designó como árbitro.
4. Que, considerando que el doctor **Enrique Lastres Berninzon** es representante legal de **SULLIDEN** y director del Instituto que procedió a mi designación, esta situación hacía manifiesta la falta de idoneidad de mi persona "en razón de existir serias dudas sobre su imparcialidad debido a la innegable conexión existente [entre mi persona] con el señor **Enrique Lastres Berninzon** y las circunstancias que hoy conocemos y procedemos a relatar".





5. Que esta innegable conexión existente entre el doctor Enrique Lastres Berninzon y mi persona se debía a que el mencionado abogado también se desempeñó como miembro del Directorio de la Compañía Minera Poderosa S.A., conjuntamente con mi señor padre el doctor Fernando Cantuarias Alfaro (Socio Fundador del Estudio Cantuarias).

6. Que, además, la referida empresa Compañía Minera Poderosa S.A. sostuvo un proceso arbitral en el año 1996 con Minero Pataz E.P.S., en el que el suscrito fue contratado para la defensa legal de la Compañía Minera Poderosa S.A.

7. Que, como el señor Enrique Lastres Berninzon era director de Compañía Minera Poderosa S.A., él habría ejercido la codefensa de ese caso, por lo que habría "supervisado" mi actuación como abogado.

8. Lo señalado en el punto anterior implicaría además, que habría existido una relación de dependencia entre mi persona y el doctor Enrique Lastres Berninzon, que no habría sido informado por mi persona a las partes y a los demás árbitros en este proceso.

9. Es más, se afirmó que no solo habría una relación de dependencia, sino una "vinculación profesional indirecta entre el Sr. Enrique Lastres Berninzon" y mi persona, que se habría mantenido oculto a las partes.

## II. MIS DESCARGOS CONTENIDOS EN LA COMUNICACIÓN DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2004 Y LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1. Aunque consta in extenso de mis descargos, creo señor Presidente indispensable que se recuerde que la recusación planteada contra mi persona estuvo y está referida a una supuesta dependencia derivada del hecho de que el doctor Enrique Lastres Berninzon (directivo del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía) en su calidad de director de la Compañía Minera Poderosa S.A., allá por el año de 1996 habría ejercido la co-defensa y la supervisor en un caso arbitral en el que participé como abogado de una empresa absolutamente ajena a las de este arbitraje.

Es más, ese mismo hecho, habría generado "una vinculación profesional indirecta" entre ambos.

2. Hecha esta aclaración, que es importante para encuadrar debidamente este nuevo pedido de recusación de EXPLORACIONES, considero indispensable citar mis descargos:

"7. Sin embargo, verifiquemos en primer lugar que los hechos alegados para mi recusación, se limitan a identificar que en el año de 1996 mi





47  
usant  
ne

persona como abogado del Estudio Cantuarias intervino como abogado en un caso arbitral seguido por la Compañía Minera Poderosa S.A. contra la empresa Minero Pataz E.P.S.; decir, se trató de un proceso arbitral desarrollado hace OCHO AÑOS, entre empresas absolutamente ajenas a esta controversia.

8. Como obviamente ese simple hecho no ameritaba infracción alguna a las reglas de la independencia y la imparcialidad, la recusante afirma la existencia de una supuesta dependencia, simplemente porque en aquella época el doctor Enrique Lastres Berninzon era director de la empresa Compañía Minera Poderosa S.A., empresa que a su vez era cliente del bufete de abogados en el cual desarrollaba, en aquella época, mi ejercicio profesional.

Es más, afirma la recusante que la posición del doctor Lastres habría sido una de "codefensa del caso" y que, además, me habría supervisado.

9. Señor Presidente, una empresa totalmente ajena a las de esta controversia contrata a un bufete de abogados para que se encargue de su defensa legal en un arbitraje allá por el año de 1996 y, en mi calidad de abogado de ese bufete de abogados, se me asignó la prestación específica del servicio legal a la empresa Compañía Minera Poderosa S.A.

En ese sentido, entiendo señor Presidente que hablar de "codefensa del caso" por parte de uno de los directores de la empresa que ha contratado los servicios profesionales de un bufete de abogados no se ajusta a la realidad de las cosas.

10. Podría, sin embargo, afirmarse que como el doctor Enrique Lastres Berninzon era director de la empresa Compañía Minera Poderosa S.A., en su calidad de tal podía decidir la permanencia del bufete de abogados en el que laboraba en la prestación del servicios profesional al que fui asignado para el caso.

Ello en todo caso no es cierto señor Presidente, porque el señor Enrique Lastres no podía decidir esa permanencia en la prestación del servicio profesional, sino que esa decisión correspondía en exclusiva al Directorio o la Gerencia General de Compañía Minera Poderosa S.A., órganos absolutamente independientes y ajenos a la persona del señor Lastres."

11. En ese sentido, mi intervención como asesor legal prestando un servicio profesional allá por el año de 1996 a una empresa totalmente ajena a las que participan en este arbitraje, no generó y menos genera un supuesto de "codefensa del caso" o un supuesto de "supervisión" por parte del doctor Enrique Lastres Berninzon hacia mi persona.



47  
algunos

12. En el mismo sentido, ¿es posible afirma la existencia de una supuesta vinculación profesional indirecta (como la denomina la recusante) entre el doctor Enrique Lastres Berninzon y mi persona, si quién me contrató para ejercer mi servicio profesional fue la empresa Compañía Minera Poderosa S.A.?

13. Es más señor Presidente, aun en el hipotético y negado caso que fuera posible afirmar que los hechos identificados en la recusación identificarían una supuesta "codefensa del caso", una "supervisión" del doctor Lastres hacia mi persona y una supuesta "vinculación profesional indirecta" entre ambos, lo cierto es que estos supuestos vínculos se habrían producido a principios de 1996 (hace más de ocho años), no habiendo afirmado la recusante y menos probado, que esos supuestos vínculos se mantuvieran en la actualidad o en un pasado reciente.

14. Señor Presidente, es de público conocimiento que en junio de 1996 fui designado mediante Resolución Suprema publicada en el diario oficial El Peruano como Gerente Legal de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), habiéndome mantenido en dicha entidad pública hasta diciembre de 2000, en los cargos adicionales de Gerente de Planeamiento y Operaciones y Coordinador Nacional de la Formalización, respectivamente.

Una vez culminado mi trabajo en dicha entidad pública, en enero de 2001 fui designado Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), entidad en la que laboro y en la que comparto mi tiempo como árbitro en decenas de procesos arbitrales.

15. Justamente señor Presidente mi experiencia profesional de los últimos ocho años, a la que se suma mi posición como Decano de una prestigiosa facultad de derecho, es lo que me ha permitido y me permite participar exclusivamente como árbitro en decenas de procesos arbitrales, ya que difícilmente puedo estar ante un supuesto de dependencia o imparcialidad.

16. En el presente caso señor Presidente y como transparentemente lo informé a todas las partes y los miembros del Tribunal Arbitral mediante comunicación de 28 de junio de 2004, acepté y mantengo mi posición como árbitro, ya que no he mantenido ni mantengo vínculo alguno con alguna de las partes, sus representantes y abogados que pudiera afectar mi absoluta imparcialidad e independencia.

17. En consecuencia señor Presidente, entiendo que no existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas acerca de mi imparcialidad e independencia" (el subrayado es mío)



3. El digno Tribunal mediante Resolución No. 75 de 25 de noviembre de 2004, declaró INFUNDADA la recusación, al considerar, entiendo, esencialmente lo siguiente:

- Que para que proceda una recusación, corresponde aplicar un criterio de razonabilidad.
- Que esta árbitro limitó su participación en la defensa de Compañía Minera Poderosa S.A. (empresa que no tiene relación alguna con las de este proceso) a marzo o junio de 1996, fecha en la cual fui designado para trabajar a dedicación exclusiva en COFOPRI.
- Que los hechos alegados por Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. "pone de manifiesto una notoria lejanía con relación a la actuación como árbitro del doctor Cantuarias Salaverri en el presente proceso, sin que haya demostración o comprobación alguna de elemento adicional que permita razonablemente afirmar que pueda haber vinculación actual y sustantiva entre el representante legal de la demandante y el árbitro aludido" (el subrayado es mío).
- Que "la coincidencia entre la condición de accionista y director de Compañía Minera Poderosa S.A. que ostentó en 1996 el doctor Lastres Berninzon con la circunstancia de abogado defensor del árbitro Cantuarias Salaverri de la citada compañía, ocurrida hace ocho años, no tiene relación alguna con las partes ni con la materia controvertida en el presente proceso" (el subrayado es mío).
- Que, "[c]omo es de verse, no se encuentra vínculo de causalidad entre los hechos aducidos y la justificación necesaria de las posibles dudas que pueda generarse... pues las circunstancias bajo análisis no tienen proporción ni razón suficiente como para que el Tribunal concluya que existen 'razones justificadas' que ameriten admitir la recusación, menos aún si se quiere alegar los vínculos de padre-hijo" el subrayado es mío).
- Por último, el Tribunal Arbitral considera que no existen suficientes elementos para considerar que debí informar de mi relación profesional con la Compañía Minera Poderosa S.A., "pues la coincidencia probada no llega a justificar la recusación pues ninguno de los hechos que promueven las dudas tienen vinculación con la controversia, ni con las partes" (el subrayado es mío).

### III. EL NUEVO "ESCENARIO" DE COMPAÑÍA DE EXPLORACIONES ALGAMARCA S.A. Y MI DEFENSA

1. Primero la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. interpone recurso de reposición contra la resolución que declaró infundada mi recusación, alegando que el Tribunal no habría resuelto lo que entiende es el "fundamento central" de





50  
unwen

su recusación, referido a que habría incumplido con informar que fui abogado de Compañía Minera Poderosa S.A., de la que, circunstancialmente uno de los accionistas absolutamente minoritario y uno de sus tantos directores, circunstancialmente era el doctor Enrique Lastres.

2. El Tribunal Arbitral, en su momento, dispuso tener sin lugar esta articulación, simplemente porque a lo largo de la parte considerativa de su Resolución No. 75, se pronunció a este respecto.

3. Sin embargo señor Presidente, en un último escrito fechado el 2 de diciembre de 2004, COMPAÑÍA DE EXPLORACIONES ALGAMARCA S.A., independientemente de pedir la nulidad de la resolución que declaró sin lugar la reposición contra la resolución que declaró infundada mi recusación, lo que de conformidad con la Ley General de Arbitraje no es procedente, se atreve a afirmar que la resolución sobre mi recusación habría sido tomada "a sabiendas, en hechos y declaraciones falsas".

En buen castellano señor Presidente, ya no sólo se me imputa una absurda relación con el doctor Enrique Lastres, sino que, además, ahora se me acusa veladamente de mentiroso y de haber hecho caer en error al Tribunal Arbitral.

4. En qué consisten las "mentiras y omisiones" del "distinguido" árbitro Fernando Cantuarias Salaverry, como me describe EXPLORACIONES: "Distinguido" y "mentiroso".

5. En que soy socio de Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada desde 13 de diciembre de 1993 y que en diciembre de 1998 habría incrementado mi participación social.

Es más, se hace referencia que en la página web aparezco como abogado.

6. En consecuencia, afirma la recusante "el distinguido árbitro recusado tiene la inequívoca condición de miembro activo de una sociedad de personas que sostuvo -sostiene, cabría decir- relaciones permanentes de patrocinio legal con una sociedad de capitales, cuyo órgano de administración (léase Directorio) estaba integrado por uno de los representantes legales de la demandante Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. hasta el año 2003 (el subrayado es mío).

7. Señor Presidente, ¿dónde están las mentiras o omisiones que se aducen que he cometido?

Yo dije expresamente en mi descargo que desde mayo o junio de 1996 dejé de trabajar en el Estudio de abogados de mi padre. Ese es un hecho real y la parte contraria no ha demostrado lo contrario, simplemente porque es un hecho fácilmente verificable, debido a mi designación, primero como funcionario público y luego como autoridad universitaria.



51  
anexo  
uno

8. Es más, ¿Qué tiene que hacer el hecho que sea socio de una sociedad de personas con mi padre con que el doctor Enrique Lastres supuestamente haya sido mi "supervisor", haya "co-litigado" o haya tenido una "relación indirecta de negocios" conmigo?

Ninguna, porque en 1996 dejé de laborar para el Estudio de mi padre y desde ese momento no he tenido relación alguna con ninguno de los clientes de mi padre, entre ellos la Compañía Minera Poderosa S.A.

9. Sin embargo, ahora señor Presidente me queda claro el torcido argumento de Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.: Como no han podido demostrar una sola relación entre mi persona y el doctor Enrique Lastres, simplemente porque nunca la hubo, ahora se afirma que como soy socio de Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada, entonces ese sólo hecho me hace tener una relación con el señor Enrique Lastres.

10. ¿Qué tipo de relación señores de Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.? ¿Qué se me imputa ahora? Esta empresa no lo dice directamente, pero entiendo que sería el siguiente: Fernando Cantuarias Salaverry no labora en el Estudio de su padre, pero como aparece como socio, entonces Fernando Cantuarias Salaverry tendría interés de "servir" al doctor Enrique Lastres, porque él es Director de Compañía Minera Poderosa S.A. que es cliente de ese Estudio.

11. Verifiquen señores miembros del Tribunal Arbitral el nivel de la acusación hacia mi persona. Ahora ya no es un tema de un supuesto vínculo de mi persona por un caso de 1996, sino de supuestos intereses de "servir" al señor Lastres porque él es Director en una sociedad que es cliente del Estudio de mi padre.

12. Sin embargo, obviamente señor Presidente, con toda construcción arbitraria y antiética, este argumento de EXPLORACIONES simplemente se cae con el propio dicho de esta empresa.

13. En efecto, EXPLORACIONES reconoce expresamente en su último recurso que el doctor Enrique Lastres dejó de ser director de la Compañía Minera Poderosa S.A. en el 2001.

14. Pues bien señores de EXPLORACIONES, ¿Si yo no he intervenido en caso alguno de Compañía Minera Poderosa S.A. desde 1996, si yo no he intervenido ni conocido al doctor Enrique Lastres, salvo cuando fui profesor universitario, y dicha persona ya no tiene vínculo alguno con Compañía Minera Poderosa S.A. desde 2001, cuál es mi parcialidad o dependencia? ¿Puede haber sido o puede ser mi interés de "servir" al doctor Enrique Lastres?



172  
anwint

15. Insisto señor Presidente, que cuando uno quiere torcer los hechos y el derecho y maltratar a una persona, obviamente el papel lo aguanta todo, pero al final, esos hechos malamente utilizados llevan a conclusiones absurdas e indebidas, simplemente porque no se condicen con la realidad de esos hechos.

16. Es más señor Presidente, sólo un ciego o una persona maliciosa puede dejar de ver lo obvio: El Estudio Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich es un Estudio de mi padre. Lo ha sido y lo será mientras Dios lo permita.

17. Mi hermano, Luis Felipe Cantuarias Salaverry y yo suscribe la presente no laboramos en el Estudio de nuestro padre desde 1993, él como funcionario de alto nivel en una reconocida empresa minera y yo como funcionario público y luego como decano de una facultad de derecho.

Sin embargo, como ninguno de los dos ejercemos nuestra actividad profesional en ningún bufete de abogados, mi padre ha decidido mantenernos en su página web. ¿Cuál es el problema de esto? ¿A quién perjudica esta situación? En el fondo señor Presidente, se trata de una libertad que Dios nos da a su padre y punto.

18. Lo mismo sucede señor Presidente con mi presencia como socio de Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados, Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada.

Como el Tribunal Arbitral podrá comprobar de la copia de documentación presentada por la recusante, mi padre creó esta sociedad en 1974, junto con otros dos colegas.

En el año de 1993 y ante la salida de uno de sus socios, mi padre decide mantener el control absoluto de su Estudio con 20 participaciones, decide otorgar 1 participación a varios abogados que trabajaban con él y decide darle a cada uno de sus tres hijos abogados 20 participaciones. En esa oportunidad, como yo laboraba en el Estudio de mi padre, se me otorgó una participación.

En 1999 y ante la necesidad de adecuar su Estudio a las nuevas Leyes de Sociedades, mi padre decide, como correspondía, reestructurar el control absoluto de su Estudio y decide además otorgar participaciones a sus tres hijos abogados. ¿Por qué hizo eso el doctor Fernando Alfaro? Pues entiendo porque así le provocó hacerlo, no porque los hijos de Fernando y Luis Cantuarias trabajaran con él, sino simplemente porque así lo decidió. Además, como ya expliqué, como ninguno de los dos abogados laboramos en bufete de abogados alguno, mi padre hacia sus hijos no tenía por qué no ser aceptado como socios de nuestro señor

19. Ahora se pretende señor Presidente construir un relato de supuestas mentiras y supuestas declaraciones falsas y supuestas declaraciones de este árbitro,





13  
anexo  
mes

que no existen más que en la imaginación maliciosa de la parte recusante y sus abogados, quienes han desarrollado en nombre de su cliente este penoso escenario.

20. En consecuencia señor Presidente:

20.1. No he faltado a verdad alguna y no he hecho declaraciones falsas. Yo dejé de laborar para el Estudio de mi padre en 1996 y no he regresado a él.

20.2. No he conocido ni conozco al Dr. Enrique Lastres, salvo cuando él fue mi profesor universitario y en una típica relación profesor-alumno.

20.3. Se me acusó en su momento de relación de dependencia e imparcialidad frente al doctor Enrique Lastres y tanto mi persona, como el Tribunal Arbitral, identificamos que no había hecho alguno que permitiera considerar que yo podía ser dependiente o parcial.

20.4. Ahora, con las nuevas alegaciones y documentos presentados, y aun cuando se pretende armar un irresponsable escenario en el que yo supuestamente tendría interés de "servir" al doctor Lastres ya que aparezco como socio de la sociedad civil Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada, sociedad que tiene como cliente a la Compañía Minera Poderosa S.A. (como si el doctor Lastres hubiera sido accionista mayoritario o al menos accionista con alguna capacidad de decisión de esta empresa), lo cierto es que todo este arbitrario y antiético escenario construido se cae por sí sólo, simplemente porque el doctor Lastres ya no es Director de Compañía Minera Poderosa S.A. desde el 2001.

21. Por tanto señor Presidente, rechazo en los términos más enérgicos posibles las afirmaciones realizadas por Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. y declaro mi plena y absoluta independencia e imparcialidad frente a las partes, sus representantes y asesores legales.

#### **IV. NECESIDAD DE DAR UN PASO AL COSTADO POR EL BIEN DE ESTE PROCESO ARBITRAL**

1. Señor Presidente, consta plenamente a este Tribunal Arbitral que desde el principio las empresas demandadas en este arbitraje han hecho saber su disconformidad con mi designación como árbitro.

2. Las excusas han sido de las más variadas, desde que fui designado por un Instituto prácticamente de propiedad del doctor Enrique Lastres, hasta la última, en la que se me tilda de mentiroso y de tener un interés en la controversia porque, aun cuando no trabajo en el Estudio de mi padre y el cliente de él, la empresa Compañía Minera Poderosa S.A., no tiene relación alguna con esta





174  
anexo  
cubro

controversia, como mi padre nos ha hecho partícipes a sus tres hijos abogados de la Sociedad Civil Cantuarias, yo tendría interés en favorecer al doctor Enrique Lastres, quién, sin embargo, ni siquiera es Director de la Compañía Minera Poderosa S.A. desde el 2001.

3. Estoy seguro señor Presidente que estas excusas y escenarios malamente armados seguirán subiendo de tono mientras yo me mantenga en el cargo de árbitro.

4. Y ello será así, simplemente porque las empresas demandadas en este proceso arbitral lo que quieren es designar a "su árbitro" como ellas mismas lo han manifestado a lo largo de este proceso, no aceptando que en este arbitraje participe un árbitro independiente que ha sido designado por un tercero, como es mi caso.

5. Es más señor Presidente, en las últimas semanas he sido blanco de incalificables ataques a mi ética y honra por parte no sólo de EXPLORACIONES y sus abogados, sino, además, de la otra empresa Compañía Minera Algamarca S.A., la que, con su silencio, lo dice todo.

6. Creo pues señor Presidente, que con la finalidad de evitar que en este arbitraje se siga atacando mi honra y, con ello, se distraiga el tiempo y los esfuerzos de todos en la culminación de este proceso arbitral, deba apartarme del mismo.

7. Como informé en su momento y lo reitero por enésima vez, desde el año 2001 me desempeño como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y, además, como árbitro absolutamente independiente e imparcial, ya que no tengo clientes ni, por tanto, intereses.

8. Me desempeño señor Presidente en esta doble actividad de académico y árbitro y, para hacerlo, mantengo siempre en todos los casos una absoluta independencia e imparcialidad frente a las partes, sus representantes y abogados, por lo que no puedo aceptar que aquí se pisotee mi ética.

9. Hace unos días, por ejemplo, la revista Semana Económica ha hecho conocer un Ranking de los diez abogados más pedidos como árbitro, y en él estoy identificado como el número 2, con una imparcialidad de 8.38, lo que demuestra que el mercado me considera como una persona íntegra e imparcial.

10. No puedo pues señor Presidente, tanto en razón de mi prestigio, como por el bien de este arbitraje, mantenerme como árbitro en un caso en el que se inventan escenarios y se maltrata mi honor y ética de la manera como se ha hecho.



15-  
anexo  
a nro

11. Me veo pues en la necesidad de renunciar al cargo de árbitro, renuncia que estoy seguro el Tribunal Arbitral y las partes sabrán comprender en su real dimensión. Esto es, renuncio negando en el tono más enérgico posible cualquier supuesta parcialidad o dependencia, haciéndolo pues, exclusivamente, con la finalidad de evitar que se siga mancillando mi honra y con la esperanza de que mi alejamiento sirva para encauzar correctamente el presente arbitraje.

12. Además señor Presidente, en casos de recusación como la presente, en la que aun cuando niego en el tono más enérgico posible la existencia de alguna causal de recusación en mi contra, es reconocido universalmente, tanto a nivel legislativo, reglamentario y doctrinario, la facultad que tiene todo árbitro de renunciar voluntariamente sin que ello implique que las razones de recusación sean válidas (ver por ejemplo, el artículo 33° del Reglamento Procesal del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima), porque, como el Tribunal Arbitral y las partes comprenderán, luego de los arteros ataques contra mi persona (en especial luego del último de ellos), difícilmente puedo afirmar que no me siento predispuesto en contra de alguna de las partes.

13. Me complace, sin embargo, que a la fecha de esta renuncia este proceso arbitral haya llegado a una etapa avanzada. Se han actuado prácticamente todas las pruebas, se han desarrollado innumerables reuniones con las partes y entre los miembros del Tribunal Arbitral y se han dictado más de 80 resoluciones, todo lo cual demuestra el extenso trabajo realizado hasta la fecha.

#### **POR TANTO:**

A Ud. señor Presidente, ruego tener por negados los cargos formulados por Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. y por presentada mi renuncia como árbitro.

**OTROSI DIGO:** Que, adjunto una copia del artículo publicado por la revista Semana Económica.

Monterrico, 9 de noviembre de 2004

# ANEXO 5



17  
Cantuaris

Arbitraje Ad hoc  
SULLIDEN - ALGAMARCA



Resolución N° 97

Lima, 30 de diciembre de 2004

**VISTOS:**

- 1) El escrito sin número de fecha dos de diciembre de 2004 Compañía de Exploraciones Algamarca S.A mediante el cual se deduce la nulidad sustancial de la resolución 75 de fecha 25 de noviembre de 2004 por cuanto dicha resolución ha sido fundada a sabiendas, en hechos y declaraciones falsos y otras consideraciones que aparecen en el referido escrito.
- 2) El escrito sin número de fecha tres de diciembre de 2004 mediante el cual Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. presenta copia de la ficha registral del Estudio Cantuarias, Garrido Lecca, Mulanovich Abogados SCRL de donde aparece que el Doctor Fernando Cantuarias Salaverry es socio de la sociedad civil aquí mencionada.
- 3) El escrito de fecha 9 de diciembre de 2004 en el cual el árbitro Doctor Fernando Cantuarias Salaverry reitera sus descargos y plantea la posibilidad renuncia al cargo de árbitro;
- 4) La resolución N° 88 de fecha 14 de diciembre de 2004 mediante la cual el Tribunal Arbitral pone en conocimiento de las partes el escrito del doctor Fernando Cantuarias Salaverry a efecto que las partes expresen lo conveniente a su derecho;
- 5) El escrito N° 31 de fecha 16 de diciembre de 2004 en el cual Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. expresa que el artículo 31° de la Ley General de Arbitraje 26572 - la "Ley"- establece que contra la resolución del Tribunal Arbitral respecto de la recusación no procede recurso alguno; que la renuncia presentada por el árbitro doctor Fernando Cantuarias Salaverry no es procedente conforme lo establece el artículo 27° de la Ley, por cuanto ninguna de las causales que justifican la renuncia de un árbitro se dan en el presente caso.
- 6) El escrito sin número de fecha 16 de diciembre del 2004 Compañía de Exploraciones Algamarca S.A manifiesta que mantienen la duda razonable respecto de la actuación del mencionado árbitro por cuanto, en criterio de la recurrente, el árbitro habría afirmado no trabajar con su padre, por lo que las expresiones del árbitro -al ser contrastadas con la primera versión- resultarían contradictorias, lo que permitiría considerar que los hechos alegados para la recusación no han sido desvirtuados; añadiendo a lo anterior que, por parte de la recurrente, acepta la renuncia propuesta por el árbitro Cantuarias.

**CONSIDERANDO:**

- 1) Que la Ley no admite la renuncia de los árbitros salvo en los casos específicamente establecidos por el artículo 27.







57  
Anexo 1

2) Que los árbitros al aceptar el nombramiento como tales se sometieron al procedimiento establecido en la Ley y se obligan frente a las partes a cumplir con su función de resolver la controversia.

3) Que el Tribunal Arbitral ha analizado en profundidad los argumentos establecidos en su resolución 75 y aquellos ofrecidos por Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. en su escrito de impugnación, no encontrando hechos que lleven a una duda justificable de la imparcialidad o independencia del árbitro Doctor Fernando Cantuarias Salaverri.

4) Que ni el árbitro Doctor Fernando Cantuarias Salaverri ni este Tribunal Arbitral han afirmado que aquel no sea asociado de Cantuarias, Garrido Lecca y Mulanovich SCRL, una sociedad debidamente inscrita en los registros públicos, puesto que la información de los integrantes de la sociedad resulta ser de pleno dominio público.

5) Que siendo una sociedad civil familiar, es natural que el padre desee mantener a sus hijos como asociados en su estudio de abogados, lo que no quiere decir que exista una vinculación laboral entre el árbitro recusado y el referido estudio de abogados, por lo que al ser, en consecuencia, de libre acceso la información contenida en los Registros Públicos sobre la participación minoritaria del árbitro Cantuarias en el Estudio de su señor padre, ésta no se encuentra enmarcada dentro de las circunstancias a revelar por su parte, en virtud del artículo 29° de la Ley General de Arbitraje, pues no hay en ello nada oculto o desconocido a ser puesto explícitamente de manifiesto, ni motivo alguno para generar dudas justificadas sobre la imparcialidad del árbitro en el marco del inciso 3) del artículo 21° de la Ley General de Arbitraje.

6) Que para la impugnante Compañía Minera Algamarca S.A. la circunstancia que le genera la duda justificable de la independencia o imparcialidad del árbitro recusado es que la Compañía Minera Poderosa S.A. -en la cual el Doctor Enrique Lastres Berninzon fue director- es cliente en 1996 del estudio Cantuarias, Garrido Lecca y Mulanovich SCRL de propiedad mayoritaria del padre del árbitro recusado y en la cual el árbitro es socio minoritario; que el representante legal de Minera Sulliden Shahuindo S.A.C es el Doctor Enrique Lastres Berninzon y por lo tanto, el árbitro recusado no tiene independencia por cuanto el estudio del cual es socio depende o tiene interés económico de mantener como cliente a la Cia Minera Poderosa S.A. y por ende del representante de Minera Sulliden Shahuindo SAC.

7) Que no obstante el argumento avanzado por la impugnante, ella misma indica en su recurso que reconoce que el Doctor Enrique Lastres Berninzon -representante legal de Minera Sulliden Shahuindo SAC- no es director de Cia Minera Poderosa S.A. desde el año 2001, por lo que es claro que el referido Doctor Lastres no tiene más - si la hubiere tenido cosa que no se ha probado- influencia en la sociedad Compañía Minera Poderosa como para decidir la contratación de los servicios del Estudio Cantuarias, Garrido Lecca y Mulanovich SCRL, por lo que las circunstancias que se han alegado generan duda justificable del árbitro Doctor Fernando Cantuarias Salaverri ya no existen, dado que el representante de Minera Sulliden Shahuindo SAC ya no tiene vinculación con el cliente del Estudio Cantuarias, Garrido Lecca y Mulanovich SCRL desde el año 2001.

W





57  
Univertad

8) Que las personas jurídicas son distintas de sus socios por lo que el árbitro Doctor Fernando Cantuarias Salaverry tiene "relaciones permanentes de patrocinio legal" con Compañía Minera Poderosa S.A por ser socio del Estudio Cantuarias, Garrido Lecca y Mulanovich SCRL es aventurado; que aún en el caso que así fuera, es decir, que aún en el caso que exista una relación no episódica, este Tribunal Arbitral no entiende cómo puede sostenerse que existen circunstancias que generen dudas sobre la independencia o imparcialidad del árbitro Doctor Cantuarias Salaverry en cuanto dicho estudio de abogados no tiene vinculación alguna ni con Minera Sulliden Shahuindo SAC ni con su representante legal Doctor Enrique Lastres Berninzon al haber este dejado de ser director de la Compañía Minera Poderosa SA en el año 2001.

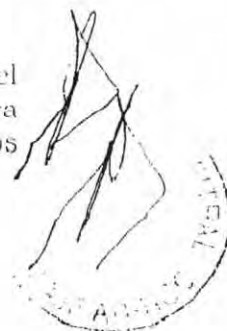
9) Que, aun en el caso que el Doctor Lastres Berninzon fuera en este momento director de Compañía Minera Poderosa S.A. sería necesario que pruebe que tiene la influencia suficiente como para decidir la contratación del Estudio Cantuarias, Garrido Lecca y Mulanovich SCRL; también sería necesario que Compañía Minera Algamarca S.A pruebe que el Doctor Lastres Berninzon controlaba o representaba intereses que controlan dicha sociedad, de manera que fuera posible asumir que podía influenciar en la contratación del Estudio Cantuarias, Garrido Lecca y Mulanovich SCRL, lo que, de otro lado, resultaría agravante para un estudio de abogados de la reputación del referido, pero estando a que es aparentemente natural en el ejercicio profesional no escatimar en supuestos, ni medio para lograr un objetivo, nos permitimos la licencia del contenido de este considerando.

10) Que el Tribunal considera que el ejercicio de la defensa por los abogados de Compañía de Exploraciones Algamarca S.A no necesita para ser efectiva del uso de adjetivos propios de otras circunstancias y personas debiendo ceñirse a los cánones de cortesía entre colegas por lo que el Tribunal Arbitral les invoca a guardar la compostura en sus expresiones.

11) Que en cumplimiento de la función que asume un árbitro con el propósito de resolver la controversia que le plantean las partes, el apartamiento de un árbitro por vía de recusación o renuncia está limitado *in stricto* a las causales específica y limitadamente tipificadas en el texto de la ley en los artículos 28° y 27° de la Ley General de Arbitraje, respectivamente, por lo que cualquier otra modalidad de retiro del árbitro sólo puede tener efecto si ambas partes lo admiten, en virtud del principio de autodeterminación que constituye la esencia del proceso arbitral, coincidencia de voluntades que no se ha producido en el presente caso.

12) Que, asimismo, en aplicación del artículo 18° de la Ley General de Arbitraje corresponde a los árbitros, en toda circunstancia, ejercer su función con estricta imparcialidad y sin representar los intereses de ninguna de las partes, ni estar sometidos a circunstancia alguna que menoscabe sus atribuciones y autonomía, por lo que al aceptar el cargo quedan obligados a cumplir los compromisos esenciales al cargo, aún a riesgo de responder por daños y perjuicios

13) Que, finalmente y abundando en razones corresponde recordar que el artículo 58° de la Ley General de Arbitraje expresamente establece que contra las resoluciones distintas del laudo sólo procede recurso de reposición ante los

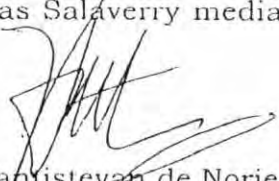


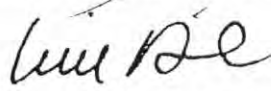
propios árbitros, por lo que el recurso planteado por Compañía de Exploraciones Algamarca S. A. no se encuentra arreglado a ley; a lo que el Tribunal suma que el artículo 31° *in fine* de la Ley General de Arbitraje es puntualmente contundente en consagrar la inimpugnabilidad de la resolución que resuelve el incidente de recusación, por lo que pretender su revisión por la vía de una pretendida nulidad sustancial contraviene un claro mandato legal emanado del citado artículo;


**RESUELVE:**

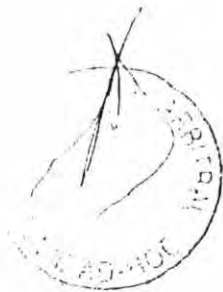
**PRIMERO.-** Declarar IMPROCEDENTE EL RECURSO DE NULIDAD SUSTANCIAL deducido por Compañía Minera Algamarca S.A. mediante escrito de fecha dos de diciembre de 2004.

**SEGUNDO.-** Declarar IMPROCEDENTE LA RENUNCIA presentada por el árbitro Doctor Fernando Cantuarias Salaverry mediante escrito de fecha 9 de diciembre de 2004.

  
Jorge Santistevan de Noriega  
Presidente del Tribunal Arbitral

  
Victor Ávila Cabrera  
Árbitro

  
Mayte Remy Castagnola  
Secretaria Arbitral





# ANEXO 6



Den. N° :  
Sec. :  
Escrito N° :  
Sumilla :

01 MINISTERIO PUBLICO  
Denuncia

RECIBIDO

2005 ENE 12 AM 12 01

MESA DE PARTES UNICA DE LAS  
FISCALIAS PROV. PENALES DE LIMA  
FOLIOS:

SEÑOR FISCAL DE LA FISCALIA PROVINCIAL PENAL DE TURNO DE LA

S.F.

COMPAÑIA DE EXPLORACIONES ALGAMARCA S.A. con RUC N° 20172074741, debidamente representada por su Gerente General, señor JOSE HUMBERTO ABANTO VERASTEGUI, identificado con D.N.I. N° 08245844, con domicilio real en la Av. Los Cipreses No 595, Jardín Primera Zona - VILLA MARIA DEL TRIUNFO y domicilio legal en calle Libertadores No 350 - SAN ISIDRO; a usted con las debidas consideraciones digo:

Que, formulamos denuncia penal contra FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY, con domicilio en Prolongación Primavera N° 2390, Monterrico - SANTIAGO DE SURCO, por delito Contra la Fe Publica - Falsedad Genérica y contra la Administración de Justicia - Fraude Procesal, en agravio de la suscrita.

# I. HECHOS:

1.1 Que, en la actualidad se ventila un proceso arbitral entre Minera Sulliden Shahuindo SAC y las empresas Compañía Minera Algamarca S.A. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. y cuyo Tribunal Arbitral integra el denunciado FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY.

1.2 La suscrita mediante escrito de fecha 2 de Noviembre de 2004 presentado al Tribunal Arbitral antes referido, formulo Recusación contra el arbitro FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY por haber omitido informar a los otros miembros de las partes y al Tribunal Arbitral que había sido abogado de la Compañía Minera Poderosa S.A. en un proceso arbitral, donde el actual representante legal de Minera Sulliden Shahuindo SAC, Dr. Enrique Lastres Berninzon era accionista y miembro del Directorio de Compañía Minera Poderosa S.A. empresa a la que defendía el arbitro Cantuarias. Este hecho debió ser informado por CANTUARIAS SALAVERRY de conformidad con lo establecido en el artículo 29° de la Ley General de Arbitraje<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Artículo 29°.-Obligación de informar y dispensa.- "La persona a quien se comunique su posible nombramiento como arbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a una posible recusación, y el arbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales

1.3 Mediante escrito de fecha 9 de Noviembre de 2004, presentado ante el Tribunal Arbitral el arbitro FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY formula su descargo y manifiesta lo siguiente:

- Punto 9 de su escrito: "... una empresa totalmente ajena a las de esta controversia contrata un bufete de abogados para que se encargue de su defensa legal en un arbitraje allá por el año 1996 y, en mi calidad de abogado de ese bufete de abogados, se me asignó la prestación específica del servicio legal a la empresa Compañía Minera Poderosa S.A."
- Punto 10 de su escrito: "Es más, señor Presidente, aún en el hipotético y negado caso que fuera posible afirmar que los hechos identificados en la recusación identificarían una supuesta "codefensa del caso", una "supervisión" del doctor Lastres hacia mi persona, lo cierto es que estos supuestos vínculos se habrían producido a principios de 1996 (hace más de ocho años), no habiendo afirmado la recusante y menos probado que estos supuestos vínculos se mantuvieran en la actualidad o en un pasado reciente".
- Punto 14 de su escrito: "Señor Presidente, es de público conocimiento que en Junio de 1996 fui designado mediante Resolución Suprema publicada en el "Diario Oficial "El Peruano" como Gerente Legal de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), habiéndome mantenido en dicha entidad pública hasta diciembre de 2000, en los cargos adicionales de Gerente de Planeamiento y Operaciones y Coordinador Nacional de la Formación, respectivamente".
- En ese mismo punto agrega, además, que en enero de 2001 fue designado Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), entidad en la que labora y comparte su tiempo como árbitro en decenas de procesos arbitrales.

1.4 El Tribunal Arbitral mediante resolución N° 75 de fecha 25 de Noviembre de 2004 resolvió declarando infundada la Reacusación interpuesta contra el arbitro FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY, fundamentando su resolución en los siguientes considerandos:

circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas, bajo pena de responsabilidad por los daños y perjuicios que ocasionen por su omisión".



“4. Mediante escrito de fecha 8 de Noviembre de 2004, el árbitro recusado niega la recusación y presenta descargos indicando la diferencia entre independencia e imparcialidad. Interpreta que la parcialidad supone interés del árbitro en la controversia (o debe entenderse en el resultado a la misma) en tanto que la independencia está vinculada a la existencia de relaciones profesionales, comerciales, familiares o sociales entre el árbitro y una de las partes sus familiares (sic) o asesores. Que los hechos se limitan a sindicár que en 1996 intervino como abogado del Estudio Cantuarias en el caso arbitral ya referido; que el Director Lastres no podía decidir la contratación del Estudio Cantuarias sino que era la propia sociedad la que decidió ello; QUE NO EXISTIÓ CODEFENSA NI SUPERVISIÓN DE LOS BREVES SERVICIOS PRESTADOS EN EL CASO A TRAVÉS DEL ESTUDIO DE PROPIEDAD DE SU PADRE. Precisa además el árbitro recusado que en Junio de 1996 dejó de trabajar en el Estudio Cantuarias al haber sido nombrado para un cargo público, en donde laboró hasta diciembre de 2000; habiendo sido luego designado Decano de la Universidad de Ciencias Aplicadas (UPC) por lo que los supuestos vínculos no existirían sino hasta el ferido mes de Junio de 1996”.

En el fundamento 19.b. de su resolución, el Tribunal Arbitral señala:

“(b) LOS HECHOS PROBADOS DAN CUENTA DE QUE SE DIO UNA RELACIÓN PURAMENTE CIRCUNSTANCIAL DEL ARBITRO CANTUARIAS SALAVERRY CON LA EMPRESA EN LA QUE EL DOCTOR LASTRES BERNINZON ERA ACCIONISTA Y DIRECTOR EN FECHA LEJANA (1996)”.

En el fundamento 19.g, el Tribunal Agrega:

“(g) Por lo demás, la coincidencia entre la condición de accionista y director de Compañía Minera Poderosa S.A. que ostentó en 1996 el doctor Lastres Berninzon con la circunstancia de abogado defensor del árbitro Cantuarias Salaverry de la citada compañía, ocurrida hace ocho años, no tiene relación alguna con las partes ni con la materia controvertida en el presente proceso”.

Finalmente, en el Fundamento 21 de su resolución, el Tribunal expresa enfáticamente:

“21. Como es de verse, no se encuentra vínculo de causalidad entre los hechos aducidos y la justificación necesaria de las posibles dudas que pueda generarse —como la parte recusante lo ha planteado— pues las circunstancias bajo análisis no tienen proporción una razón suficiente como para que el Tribunal concluya que existen “razones justificadas” que ameriten admitir la recusación. EL TRIBUNAL A ESTE RESPECTO TOMA EN CONSIDERACIÓN LA AFIRMACIÓN DEL ÁRBITRO DE QUE DESDE 1996 HA DESARROLLADO UNA VIDA PROFESIONAL AUTÓNOMA DEL ESTUDIO DE ABOGADOS DE PROPIEDAD DE SU PADRE y, en todo caso, valora la circunstancia de que la actividad profesional liberal pertenece a la esfera de las relaciones comerciales con terceros como en el presente arbitraje”.

#### 1.5. La inexactitud del dicho del árbitro recusado.

El árbitro recusado ha sido inexacto al absolver el traslado de la recusación y referir que, en su calidad de abogado de un bufete de abogados, se le asignó la prestación específica del servicio legal a Compañía Minera Poderosa S.A. esa afirmación lo coloca en una posición distante de la realidad, que es la siguiente:

El árbitro recusado es SOCIO de CANTUARIAS, GARRIDO LECCA & MULANOVICH ABOGADOS Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada, desde el 18 de Diciembre de 1993 y apoderado con facultades vigentes de esta sociedad desde el 12 de Julio de 1995. Más aún, el 31 de Diciembre de 1998 incrementó su participación social mediante un nuevo aporte de capital, elevándose a escritura pública ese acto el 13 de Abril de 1999 y quedó inscrito en el Registro de Personas Jurídicas en Mayo de 1999.

El árbitro recusado mantuvo y mantiene su condición de socio de Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados S. Civil de R. L. e, inclusive, al adecuarse ésta a las disposiciones de la nueva Ley General de Sociedades realizó un nuevo aporte de capital que elevó del 6.666% al 15% su participación social.

En resumen, el árbitro recusado tiene la inequívoca condición de miembro activo de una sociedad de personas que sostuvo —sostiene, cabría decir— relaciones permanentes de patrocinio legal con una sociedad de capitales, cuyo órgano de administración (léase Directorio) estaba integrado por uno de los representantes legales de la demandante Minera Sulliden Shahuindo.





OS  
CIRCO  
10  
11  
12  
13  
14  
15  
16  
17  
18  
19  
20  
21  
22  
23  
24  
25  
26  
27  
28  
29  
30  
31  
32  
33  
34  
35  
36  
37  
38  
39  
40  
41  
42  
43  
44  
45  
46  
47  
48  
49  
50  
51  
52  
53  
54  
55  
56  
57  
58  
59  
60  
61  
62  
63  
64  
65  
66  
67  
68  
69  
70  
71  
72  
73  
74  
75  
76  
77  
78  
79  
80  
81  
82  
83  
84  
85  
86  
87  
88  
89  
90  
91  
92  
93  
94  
95  
96  
97  
98  
99  
100

S.A.C. hasta el año 2001, que es parte en el proceso arbitral que se viene ventilando.

Lógicamente, esta situación —que acreditamos con la correspondiente copia literal de las inscripciones registrales de Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados S. Civil de R.L.— convierte los fundamentos 19.d, 19.g y 21 de la resolución N° 75 emitida por el Tribunal Arbitral, en fundamentos que no poseen ningún sustento fáctico de la realidad, todo ello claro esta, inducido por la alteración de la verdad en el escrito de absolución de nuestra reacusación presentado por el arbitro Cantuarias, pues no solamente es falso que el arbitro denunciado no haya prestado servicios en el Estudio Jurídico de propiedad de su padre sino, también, que se haya alejado de este en 1996 y a raíz de la asunción de un cargo público.

Pero, si las literales expedidas por la Oficina Registral de Lima y Callao resultaran insuficientes para determinar la falsedad cometida por el arbitro Cantuarias, alterando la verdad en un proceso arbitral, que indujo a un Tribunal Arbitral a expedir una resolución sin sustento fáctico y contraria a ley, aparejamos el Acta de Constatación Notarial extendida por el Notario de Lima Alfredo Zambrano Rodríguez, en la cual constan los términos actuales y realmente existentes en la página Web o Website de Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada. Ella habla por sí sola y nos revela de comentarios.

#### 1.6. Relación Corporativa y No Episódica

Asimismo debemos señalar que en la intervención de descargo durante la audiencia en la que se sustentó la recusación planteada por nuestra parte, el Vicepresidente para Asuntos Legales y Corporativos de Minera Sulliden Shahuindo S.A.C., Enrique Lastres Berninzon, declaró haber formado parte del Directorio de Compañía Minera Poderosa S.A. hasta el año de 2001, y, así mismo, fue enfático en señalar que, durante su permanencia en el cargo, hubo diversos encargos profesionales al Estudio Jurídico del doctor Fernando Cantuarias Alfaro, padre del distinguido arbitro recusado.

Pues bien, los documentos que aparejamos demuestran que el Estudio Jurídico del doctor Fernando Cantuarias Alfaro es, en realidad, Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados S. Civil de R.L. —sociedad de personas de la que es socio el distinguido arbitro recusado—, por lo que es evidente que no se trató de una

relación episódica —o puramente circunstancial, como la denomina el Tribunal Arbitral en el Fundamento 19.b de la resolución N°75, la misma que fue producto de la falsedad manifiesta que indujo el cuestionado arbitro- sino de una relación constante —casi permanente diríamos-, ente la sociedad de la que es miembro del arbitro y la sociedad cuyo órgano de administración integraba el representante de Minera Sulliden Shahuindo S.A.C, parte en el proceso arbitral que se viene ventilando.

Finalmente, esta demostrado que de la alteración de la verdad manifiesta del arbitro Cantuarias, deviene en absoluta y radicalmente sin sustento que lo ampare, el Fundamento 21, *in fine*, de la resolución No 75 del Tribunal Arbitral, pues se ha demostrado fehacientemente que el arbitro recusado no solamente no ha desarrollado una vida profesional autónoma del Estudio de Abogados de propiedad de su padre —que no era tal, sino una sociedad de la que forma parte el arbitro recusado-, sino que —muy por el contrario- incrementó su participación social en dicho Estudio durante el periodo de su presunta separación o alejamiento.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

- 2.1. Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 438° del Código Penal se configura el delito contra la Fe Publica - Falsedad Genérica pues el arbitro denunciado ha alterado la verdad intencionalmente para no apartarse del proceso arbitral en su condición de arbitro.

Siendo este tipo de delitos un tipo de falsedad residual, y siendo que, lo que se reprocha son las conductas que vulneran el bien Jurídico fe publica, no necesariamente el objeto material del delito consiste en un documento, sino en las palabras, hechos o usurpando nombre o calidad que no le corresponde. Así, la conducta desplegada por el autor en el presente caso, se encuentra comprendida dentro de los supuestos que describe el tipo, al alterar la verdad con la intención de cometer falsedad<sup>2</sup>, lo que indujo a una resolución emitida por un Tribunal Arbitral en perjuicio de la Compañía de Exploraciones Algamarca, quien se ve perjudicada por la presencia durante el proceso arbitral de un arbitro, cuya independencia e imparcialidad estaba cuestionada, arbitro que ha participado en la expedición de resoluciones contrarias a los intereses de mi representada.

<sup>2</sup> En la descripción típica de este tipo de delitos, los verbos rectores consisten en "simular", "suponer" o "alterar" la verdad intencionalmente, con la intención de cometer falsedad.



2.2. Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 416° el árbitro denunciado ha cometido Delito contra la Administración de Justicia en la modalidad de Fraude Procesal al haber inducido a error a los otros dos árbitros que conforman el tribunal arbitral para obtener una resolución contraria a ley.

De las pruebas aportadas, es clara la intención del arbitro Cantuarias de faltar a la norma, pues con su conducta procesal induce a error a los otros miembros del Tribunal quienes emiten una resolución contraria a ley, siendo así, su conducta se encuentra dentro de los supuestos que abarca el tipo descrito, que como todas las modalidades del delito contra la administración de justicia es un delito típicamente doloso.

Que, asimismo solicitamos se le apliquen las penas e inhabilitación previstas en nuestro ordenamiento Jurídico penal.

## **MEDIOS PROBATORIOS.**

Copia <sup>SIMPLE</sup> certificada del escrito de Reacusación formulado por Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. contra el árbitro FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY con fecha 2 de Noviembre de 2004.

Escrito de fecha 9 de Noviembre de 2004 presentado por el árbitro recusado FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY al Tribunal Arbitral formulando sus descargos.

Copia de la Resolución No 75 de fecha 25 de Noviembre de 2004 mediante la cual el Tribunal Basándose en un hecho falso del árbitro FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY declara infundada la Reacusación. /

Certificación Notarial de la Pagina Web del Estudio de Abogados Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich que acredita que el arbitro Fernando Cantuarias Salaverri continua formando parte del referido Estudio.

Copia Literal de la Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada Estudio Cantuarias, Garrido-Lecca & Mulanovich abogados en la que se puede apreciar que hasta la fecha el arbitro FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY es socio con una participación cercana al 15% del capital social de la empresa. /

Copia del RUC de Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. /



3.6. Copia del DNI del representante legal de Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. - *U.11*  
*evento*  
*quell*

**POR TANTO.-**

A usted señor Fiscal solicito tramitar la presente denuncia conforme a ley.

Lima, 26 de Enero de 2005.

*[Handwritten signature]*

# ANEXO 7





**MINISTERIO PUBLICO**  
Trigésima Octava Fiscalía Provincial Penal



**INGRESO N° 364-05**



**NOTIFICACION**

**NOMBRE : JOSE HUMBERTO ABANTO VERASTEGUI**

**DOMICILIO : Calle Libertadores N° 350 – SAN ISIDRO.**  
=====

Por disposición del señor Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, notifico a usted, a efectos de concurrir a este Despacho ubicado en la Cuadra 5 de la Av. Abancay (Ex Minist Economía) Of. 554, el día 28 de Febrero 2005, a horas 11.00 am, a efectos de prestar su declaración indagatoria, en la denuncia interpuesta contra Fernando Cantuarias Salaverry, por delito contra La Fe Pública.

Lima, 11 de Febrero del 2005.





DENUNCIA N° 364-05

SECRET.:

SUMILLA: Solicita se Señale Nueva Fecha.



SEÑOR FISCAL DE LA TRIGÉSIMA OCTAVA FISCALIA  
PROVINCIAL PENAL DE LIMA.

JOSE HUMBERTO ABANTO  
VERASTEGUI, en representación de la  
Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., en  
la denuncia interpuesta contra Fernando  
Cantuarias, sobre Fraude Procesal; a usted con  
el debido respeto digo:

Que habiendo sido notificado para prestar mi declaración indagatoria en la  
fecha sin embargo, por problemas de índole personal no me es posible  
comparecer a su Despacho; por lo que, solicito a usted se sirva señalar nuevo día  
y hora para llevarse a cabo dicha diligencia.

POR TANTO:

A usted señor Fiscal solicito se sirva señalar nueva fecha y hora para prestar  
mi correspondiente declaración indagatoria.

Lima, 28 de Febrero de 2005.

152  
gale 6  
anexo "A"  
52  
Cuentas  
Corte Superior de Justicia de Lima  
Banco de Expedientes Judiciales  
ARCHIVO CENTRAL

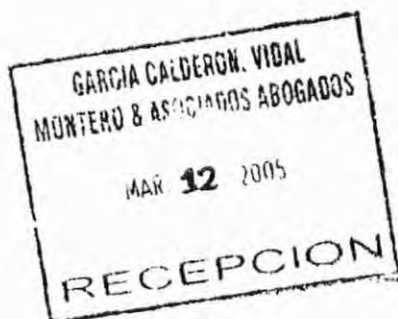
de marzo del  
Dos mil cinco.-

Dado Cuenta: Por recibido el escrito que antecede, y  
ando a su contenido, señálese para el día dieciocho del presente mes y  
a efectos de prestar su declaración indagatoria; cursándose la  
ficación respectiva.-

CH/jns.

GO PUBLICO  
Jesús Máximo Crespo Molgón  
Fiscal Provincial Titular  
38° FISC. PROV. PENAL-LIMA





**MINISTERIO PUBLICO**  
Fiscalía Provincial Penal

**INGRESO N° 364-05**

**NOTIFICACION**

**: JOSE HUMBERTO ABANTO VERASTEGUI**

**DIRECCION : Calle Libertadores N° 350 – SAN ISIDRO.**  
=====

Por disposición del señor Fiscal de la Trigésima Octava  
Provincial en lo Penal de Lima, notifico a usted, a efectos de  
concurrir a este Despacho ubicado en la Cuadra 5 de la Av. Abancay (Ex  
Ministerio de Economía) Of. 554, el día 18 de Marzo 2005, a horas 11.00 am, a  
prestar su declaración indagatoria, en la denuncia interpuesta  
contra Fernando Cantuarias Salaverri, por delito contra La Fe Pública.

Lima, 09 de Marzo del 2005.

035191

MINISTERIO  
TRAMITE DE INVENTARIO  
RECIBIDO164-64  
200  
Gonzalez  
ChMINISTERIO PUBLICO MARZO 29 AM INGRESO N° 364-05  
Trigésima Octava Fiscalía Provincial Penal**NOTIFICACION****NOMBRE : JOSE HUMBERTO ABANTO VERASTEGUI****DOMICILIO : Calle Libertadores N° 350 – San Isidro.**  
=====

Por disposición del señor Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, notifico a usted, a efectos de concurrir a este Despacho ubicado en la Cuadra 5 de la Av. Abancay (Ex Minist Economía) Of. 554, el día 31 de Marzo 2005, a horas 9.00 am, a efectos de prestar su declaración indagatoria, en la denuncia interpuesta contra Fernando Cantuarias Salaverry, por delito contra la Fe Pública y otro, en agravio de la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.

Lima, 28 de Marzo del 2005.



JOSE LUIS NUÑEZ SANCHEZ

LEG. ABOGADO

FISC. PROV. PENAL LIMA

# ANEXO 8







Denuncia N° : 364 -

155  
199/88  
2005  
ARCHIVO CENTRAL

SEÑOR FISCAL DE LA TRIGÉSIMA OCTAVA FISCALIA PROVINCIAL PENAL DE LIMA.

S.F.

COMPANIA DE EXPLORACIONES S.A., en la denuncia formulada contra FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY por los Delitos contra la Fe Publica y Fraude Procesal; a usted con las debidas consideraciones decimos.

Que, estando a los hechos denunciados solicitamos a vuestro Despacho disponer celeridad en la tramitación de la presente denuncia y solicitamos se cite a comparecer en la presente investigación a los señores Jorge Santistevan de Noriega y Victor Avila Cabrera en tanto miembros del Tribunal Arbitral, así como al señor Enrique Lastres Berninzon representante legal de Minera Suliden Shahuindo SAC y a la persona con quien el denunciado mantuvo una relación profesional hecho que alegó ante el Tribunal a pesar de las pruebas irrefutables.

Que los señores Jorge Santistevan de Noriega y Victor Avila Cabrera deberán ser notificados en la sede del Tribunal Arbitral sito en Av. Pardo No 1640 MIRAFLORES y el señor Enrique Lastres Berninzon en la calle Santa Maria No 110 MIRAFLORES.

FOR TANTO:

Solicito a usted señor Fiscal Provincial tener presente lo expuesto y resolver conforme a ley, formulando la correspondiente denuncia.

Lima, 14 de Marzo de 2005.

Francisco Valdez Huarcaya  
ABOGADO  
C.A. 91614



Lima, quince de Mayo  
del Año. dos mil cinco.-

Todo Cuenta. Por parte a  
el merito de la vuelta, y estando a. qu. pinto  
onido, pitea a los imputados por el día  
reint. del presente mes y año; puse la  
not. f. i. o. c. i. o. n. s. p. e. c. t. i. v. a. -

Silvio Máximo Cerna  
Fiscal Provincial Titular  
15° FISC. PROV. PENAL-LIMA



# ANEXO 9



035192



MINISTERIO PÚBLICO  
TRAMITE DOCUMENTARIO  
RECIBIDO



106/65  
201  
g...  
...

MINISTERIO PÚBLICO 2005 MAR 29 09:14  
Trigésima Octava Fiscalía Provincial Penal INGRESO N° 364-05

## NOTIFICACION

**NOMBRE** : ENRIQUE LASTRES BERNINZON

**DOMICILIO** : Malecon Reserva N° 219 - MIRAFLORES.  
=====

Por disposición del señor Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, notifico a usted, a efectos de concurrir a este Despacho ubicado en la Cuadra 5 de la Av. Abancay (Ex Minist Economía) Of.-554, el día 01 de Abril de 2005, a horas 10.00 am, a efectos de prestar su declaración indagatoria, en la denuncia interpuesta por la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. contra Fernando Cantuarias Salaverry, por delito contra la Fe Pública y otro.

Lima, 28 de Marzo del 2005.



*[Firma]*  
JOSE LOIS NUÑEZ SANCHEZ  
T.E. ABOGACIA  
N° FISC. PROV. PENAL LIMA



**MINISTERIO PUBLICO**  
Trigésima Octava Fiscalía Provincial Penal

MINI  
TRAN  
P.1



2005 ABR 1

INGRESO N° 364-05

## NOTIFICACION

**NOMBRE** : **ENRIQUE LASTRES BERNINZON**

**DOMICILIO** : **Malecon Reserva N° 219 – MIRAFLORES.**  
=====

Por disposición del señor Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, notifico a usted, a efectos de concurrir a este Despacho ubicado en la Cuadra 5 de la Av. Abancay (Ex Minist Economía) Of. 554, el día 06 de Abril 2005, a horas 11.00 am, a efectos de prestar su declaración indagatoria, en la denuncia interpuesta por la Compañía de Exploraciones Algamarc S.A. contra Fernando Cantuarias Salaverry, por delito contra la Fe Pública y otro.

Lima, 01 de Abril de 2005.



  
JOSE LUIS NUÑEZ SANCHEZ,  
F. FISCALIA  
FISC. PROV. PENAL LIMA



**MINISTERIO PUBLICO**

*Trigésima Octava Fiscalía Provincial Penal*

182/224/81  
Cuent 126  
Enlize  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA  
REPUBLICA DEL PERU  
ARCHIVO CENTRAL  
15 ABR 16 AM 3 11  
**INGRESO N° 364-05**

**NOTIFICACION**

**NOMBRE** : **ENRIQUE LASTRES BERNINZON**

**DOMICILIO** : **Malecón Reserva N° 219 - MIRAFLORES.**  
=====

Por disposición del señor Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, notifico a usted, a efectos de concurrir a este Despacho ubicado en la Cuadra 5 de la Av. Abancay (Ex. Minist. Economía) Of. 554, el día 20 de Abril 2005, a horas 11.00 am, a efectos de prestar su declaración indagatoria, en la denuncia interpuesta por la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. contra Fernando Cantuarias Salaverry, por delito contra la Fe Pública y otro.

Lima, 15 de Abril del 2005.

JOSÉ LUIS ARCE SANCHEZ  
126. ABOGACIA  
2º FISC. PROV. PENAL LIMA





**MINISTERIO PUBLICO**

*Trigésima Octava Fiscalía Provincial Penal*

MINI  
TRAA



INGRESO N° 364-05

**NOTIFICACION**

**NOMBRE** : **ENRIQUE LASTRES BERNINZON**

**DOMICILIO** : **Malecón Reserva N° 219 - MIRAFLORES.**  
=====

Por disposición del señor Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, notifico a usted, a efectos de concurrir a este Despacho ubicado en la Cuadra 5 de la Av. Abancay (Ex Minist Economía) Of. 554, el día 05 de Mayo 2005, a horas 11:00 am, a efectos de prestar su declaración indagatoria, en la denuncia interpuesta por la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., por los delitos Contra la Fe Pública y Fraude Procesal.

Lima, 21 de Abril del 2005.

  
JOSE LUIS NÚÑEZ SÁNCHEZ

LEG. ABOGACIA

DIS. PROC. PENAL LIMA



# ANEXO 10





**MINISTERIO PUBLICO**

*Trigésima Octava Fiscalía Provincial Penal*

**INGRESO N° 364-05**



**NOTIFICACION**

**NOMBRE : JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA**

**DOMICILIO : Av. Pardo N° 1540 - MIRAFLORES.**

=====

*Por disposición del señor Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, notifico a usted, a efectos de concurrir a este Despacho ubicado en la Cuadra 5 de la Av. Abancay (Ex Minist Economía) Of. 554, el día 06 de Mayo 2005, a horas 9:00 am, a efectos de prestar su declaración indagatoria, en la denuncia interpuesta por la Compañía de Exploraciones Algamarcas S.A., por los delitos contra la Fe Pública y Fraude Procesal.*

*Lima, 21 de Abril del 2005.*

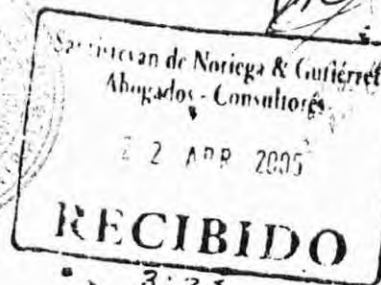
**JOSE LUIS NEREJ SANCHEZ**  
166. ABOGACIA  
FISC. PROV. PENAL LIMA



**MINISTERIO PUBLICO**

*Trigésima Octava Fiscalía Provincial Penal*

**INGRESO N° 364-05**



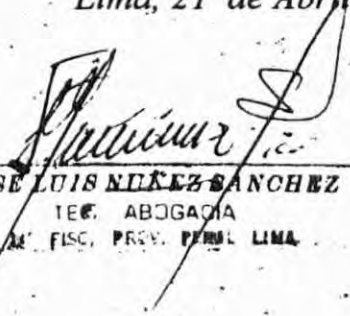
**NOTIFICACION**

**NOMBRE : VICTOR AVILA CABRERA**

**DOMICILIO : Av. Pardo N° 1540 - MIRAFLORES.**  
=====

*Por disposición del señor Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, notifico a usted, a efectos de concurrir a este Despacho ubicado en la Cuadra 5 de la Av. Abancay (Ex Minist Economía) Of. 554, el día 06 de Mayo 2005; a horas 11.00 am, a efectos de prestar su declaración indagatoria, en la denuncia interpuesta por la Compañía de Exploraciones Algamarcas S.A., por los delitos contra la Fe Pública y Fraude Procesal.*

*Lima, 21 de Abril del 2005.*

  
**JOSE LUIS NÚÑEZ SANCHEZ**  
T.E. ABOGACIA  
M. FISC. PROV. PERU LIMA



Escrito N° 1

Solicita se señale nuevo día y hora para  
declaración indagatoria.

Señor Fiscal Provincial de la 38ª Fiscalía Provincial Penal  
de Lima:

VICTOR EDMUNDO AVILA CABRERA, con DNI 10222046 señalando domicilio procesal en Casilla 446 del Colegio de Abogados de Lima - Sede del Palacio de Justicia de Lima, y domicilio real en calle Alfredo Salazar 409, Distrito de Miraflores, Lima, a usted, atentamente digo:

Que habiendo sido citado para comparecer ante su Despacho a fin de que rinda mi declaración indagatoria el día viernes 06 del mes en curso, pbr causas de fuerza mayor ineludibles solicito a su Despacho se señale nuevo día y hora para llevarse a cabo dicha declaración, de ser posible para fines de la próxima semana, diligencia a la cual concurriré en forma puntual.

Por tanto:

A usted pido señora Fiscal Provincial, acceder a lo solicitado, por las circunstancias antes anotadas.

Lima, 05 de mayo de 2005

JOSE ENRIQUE VIDAL HERMOZA  
ABOGADO  
Reg. CAL N° 10615

ma, 05 de mayo de 2005

05 MAYO 2005  
RECEIVED  
FISCALIA  
257  
Jorge Santistevan  
Doc

INGRESO N° 364-05

SUMILLA: SOLICITO NUEVA FECHA PARA  
DECLARAR

SEÑOR FISCAL DE LA TRIGESIMA OCTAVA FISCALIA  
PROVINCIALEN LO PENAL DE LIMA

DEGNIS ROBERT MEZA RIVERA, identificado con  
Registro del Colegio de Abogados de Lima N° 26015, abogado  
del señor doctor JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA,  
en la investigación que su despacho viene realizando por la  
denuncia interpuesta por la Compañía de Exploraciones  
Algamarca S.A., por los delitos contra la Fe Pública y Fraude  
Procesal; ante usted como en derecho mejor procedé digo:

Que, por su intermedio, solicito a usted señor Fiscal, que se sirva fijar nueva fecha y  
hora para la declaración testimonial de mi patrocinado, por cuanto en la fecha  
programada es imposible que pueda acudir a su despacho, debido a que  
anteriormente a su notificación había contraído obligaciones y compromisos  
profesionales – laborales.

**POR LO TANTO:**

A usted señor Fiscal, solicito se sirva proveer mi escrito de  
acuerdo a ley.

Lima, 06 de mayo de 2005

  
DEGNIS R. MEZA RIVERA  
ABOGADO  
CAL. 26015



# ANEXO 11





**MINISTERIO PUBLICO**  
Trigésima Octava Fiscalía Provincial Penal

**INGRESO N° 364-05**



Anejo 8

el  
asentun

**NOTIFICACION**

**NOMBRE : FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY**

**DOMICILIO : Av. Pardo N° 1540 – MIRAFLORES.**  
=====

Por disposición del señor Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, notifico a usted, a efectos de concurrir a este Despacho ubicado en la Cuadra 5 de la Av. Abancay (Ex Minist Economía) Of. 554, el día 01 de Abril de 2005, a horas 9.00 am, a efectos de prestar su declaración indagatoria, en la denuncia interpuesta por la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. contra su persona, por delito contra la Fe Pública y otro.

Lima, 28 de Marzo del 2005.



*[Handwritten signature]*  
JOSÉ LUIS NÚÑEZ SANCHEZ  
FISCAL



Anexo 9

62  
sumada

Ingreso N° 364-2005

Solicita la suspensión de la investigación preliminar y se eleve los autos a la Fiscalía Superior Decana

SEÑOR FISCAL DE LA TRIGÉSIMA OCTAVA FISCALÍA PROVINCIAL  
PENAL DE LIMA

**RENEE HERNAN QUISPE SILVA**, abogado  
copatrocinador de **FERNANDO  
CANTUARIAS SALAVERRY**, en la  
investigación preliminar ordenada por su  
Despacho por la presunta comisión de delito  
contra la Fe Pública y otro, a usted  
atentamente digo:

Por convenir al derecho de defensa de mi patrocinado, **SOLICITO a Usted se sirva suspender la investigación preliminar y DISPONER se eleve la investigación a la Fiscalía Superior Decana**, a fin de que determine el Fiscal Competente para la investigación de los hechos denunciados, en atención a los fundamentos que a continuación expongo :

**1º** Habiendo tomado conocimiento -en mesa de partes- que la **denuncia N° 476-2005** fue elevado en CONSULTA a la Fiscalía Superior Decana el 17.FEB.2005, ésta a su vez el 28.FEB.2005 la derivó a la Séptima Fiscalía Superior Penal de Lima, con oficio N° 884-05. Posteriormente, ésta denuncia se **REMITIÓ a la Fiscalía de la Nación** para que se avoque a su conocimiento. Nótese que ésta denuncia tiene relación con la función arbitral que viene desempeñando mi patrocinado en un caso muy concreto.

**2º** Nuestra Constitución (art.139.1) señala que son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.  
No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la **militar** y **arbitral**. (...)

Entonces, la Constitución permite y reconoce la jurisdicción ARBITRAL, y este a su vez es un sistema de resolución de conflictos por el cual un tribunal arbitral es nombrado por las partes en un conflicto que tienen entre ellas, para que se resuelva obligatoriamente dicha diferencia.



3º El artículo 99 de nuestra Constitución señala los representantes y funcionarios del Estado, y que según las nuevas atribuciones de la Fiscalía de la Nación (Ley 27399) podrán realizar investigaciones preliminares al procedimiento de acusación constitucional por la presunta comisión de delitos de función atribuidos a funcionarios del Estado.

4º Si bien el dispositivo Constitucional señalado no señala a los miembros del Tribunal Arbitral, también es cierto que en la actualidad los Ex - Miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar (**del fuero militar**) fueron investigados preliminarmente por la Fiscalía de la Nación, y que hoy en día se les viene instruyendo ante las Vocalías de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia de la República.

5º Por consiguiente, mientras no se establezca QUE FISCAL ES EL COMPETENTE PARA EFECTUAR LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR, debe suspenderse la presente investigación.

**Por tanto;**

**A usted, señor Fiscal, solicito:** se sirva tener presente lo expuesto.

**OTROSÍ DIGO:** Enterado de la notificación mediante la cual se dispone que mi patrocinado rinda su declaración indagatoria el día viernes 1º de abril del año en curso y, teniendo además en cuenta que mi defendido -Sr. Dr. Fernando Cantuarias Salaverry- en su calidad de miembro del Tribunal Arbitral en el Expediente N° 858-113-2003 administrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, realizará una inspección arbitral en la Central Hidroeléctrica de Chinchay, ubicada en la Provincia de Chanchamayo, departamento de Junín, los días 1º y 2º de abril del año en curso, **SOLICITO suspender la mencionada diligencia**, hasta que se determine el Fiscal competente de la investigación preliminar.

Asimismo, adjunto en fs. 01 copia xerográfica de la Constancia de Secretaría General del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, que acredita el viaje programado para los días 1 y 2 de abril del presente año.

**Lima, 31 de marzo de 2005**

**RENEE H. QUISPE SILVA**  
**ABOGADO**  
**CAL N 38148**

13561



Anexo 10

64  
Sunkaiw



COLEGIO DE ABOGADOS  
DE LIMA

OF 000 7 AM 10 06  
**MINISTERIO PUBLICO**  
Trigésima Octava Fiscalía Provincial Penal

**INGRESO N° 364-05**

NOTIFICACION  
JUDICIALES

## NOTIFICACION

**NOMBRE : FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY**

**DOMICILIO :** Casilla N° 4363 del Colegio de Abogados de Lima  
4to. Piso Palacio Nacional de Justicia.  
=====

Por disposición del señor Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, notifico a usted, a efectos de concurrir a este Despacho ubicado en la Cuadra 5 de la Av. Abancay (Ex Minist Economía) Of. 554, el día 06 de Abril 2005, a horas 9 .00 am, a efectos de prestar su declaración indagatoria, en la denuncia interpuesta por la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. contra su persona, por delito contra la Fe Pública y otro.

Lima, 01 de Abril de 2005.



*[Handwritten signature]*  
FISCAL PROVINCIAL





**MINISTERIO PUBLICO**  
Trigésima Octava Fiscalía Provincial Penal

**INGRESO Nº 364-05**



Anexo 11

65  
mantenido

## NOTIFICACION

**NOMBRE** : **FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY**

**DOMICILIO** : **Av. Pardo Nº 1540 – MIRAFLORES.**

=====

Por disposición del señor Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, notifico a usted, a efectos de concurrir a este Despacho ubicado en la Cuadra 5 de la Av. Abancay (Ex Minist Economía) Of. 554, el día 20 de Abril 2005, a horas 9.00 am, a efectos de prestar su declaración indagatoria, en la denuncia interpuesta por la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. contra su persona, por delito contra la Fe Pública y otro.

Lima, 15 de Abril del 2005.

**JOSE LUIS SUAREZ RANDE**  
ABOGADO  
FISC. PROV. PENAL LIMA



Anexo 12

66  
Santoni

ING. 364-05

indagatoria

Solicito reprogramación de fecha y hora para realización de declaración

SEÑOR FISCAL DE LA TRIGÉSIMA OCTAVA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL DE LIMA:

DINO CARLOS CARO CORIA, abogado de FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY, en la denuncia interpuesta por la supuesta comisión del delito de falsedad genérica y fraude procesal, a usted atentamente dice:

1. Atendiendo a los argumentos que a continuación expongo, solicito se sirva programar nueva fecha y hora para la realización de la declaración indagatoria de mi patrocinado, a fin de no vulnerar su derecho constitucional a la defensa.
2. Como podrá advertir su despacho, la notificación cursada a mi patrocinado el 18 de abril del presente año a fin de que concurra a rendir su manifestación indagatoria corresponde a una segunda citación. En este sentido, aún cabe la posibilidad de programar para una nueva oportunidad dicha diligencia.
3. A mayor abundamiento, se tiene que el Tribunal Constitucional en el Hábeas Corpus 706-04-HC resolvió el 11 de octubre de 2004 que:

*(...) en consecuencia, ante la formulación de una denuncia, debe mediar un **tiempo razonable entre la notificación de la citación y al concurrencia de la persona citada**, tiempo que permite preparar adecuadamente la defensa ante las imputaciones o cargos en contra. Quinto: que, siendo esto así, se habría vulnerado el derecho constitucional de defensa (...) al producirse una formalización de denuncia, a escondidas, son que se haya cumplido con realizar una exhaustiva investigación preliminar, sin citar jamás al serlo Granda Alva y sin permitírsele el ejercicio de la defensa con la asistencia de su abogado defensor (...)*

4. Asimismo, se tiene que mediante resolución de 13 de diciembre de 2004, la Primera Sala con Reos en Cárcel consideró que:

*(...) Frente a esta hermenéutica garantista, cabe invocar referencialmente los artículos trescientos veintiséis y trescientos veintinueve inciso primero del Nuevo Código Procesal Penal que prescribe que el señor Fiscal iniciará la investigación cuando tome conocimiento de a sospecha de la comisión de un ilícito, conocimiento que puede ser proporcionado por cualquier persona*



67  
fuerza

a través de una denuncia de parte, asimismo, en los artículos setenta y uno inciso primero y segundo – A, bajo un nuevo modelo acusatorio adversativo, obliga desde la etapa preliminar que el sindicado conozca de los cargos formulados en su contra a fin de que pueda hacer valer su **derecho a la defensa**. (...) Es pues, la adquisición de la singular condición de imputado la que convierte a este último en sujeto pasivo del proceso **como titular del derecho de defensa que puede, desde ese instante, ejercitar de forma plena** (...)

5. Así las cosas, se tiene que es de primordial respeto el derecho a la defensa de los investigados a nivel de Ministerio Público, como es el caso de mi patrocinado.
6. Por último, se tiene el segundo párrafo del art. 147º del Código de Procesal Penal dispone que: "Entre la notificación para una actuación procesal y su realización, deben transcurrir por lo menos tres días hábiles(...)". en el presente caso, dicho plazo no fue respetado. En efecto, la notificación mediante la que se citó a mi patrocinado a su indagatoria data de fecha 18 de abril de 2005, siendo que la diligencia antes mencionada fue programada para el día 20 de los corrientes, no medió los tres días que deben existir entre notificación y realización de la diligencia por la que se notifica.

**POR TANTO;**

**A Usted, señor Fiscal, solicito:** se sirva merituar los argumentos aquí esgrimidos y conceda nueva fecha y hora para la realización de la diligencia de indagatoria de mi defendido, señor Cantuarias Salaverry.

**OTROSÍ DIGO:** Adjunto al presente escrito:

1. Copia simple de la resolución de 11 de octubre de 2004 emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 706-04-HC.
2. Copia simple de la resolución de 13 de diciembre de 2004 emitida por la Primera Sala con Reos en Cárcel en el expediente N° 315-2004.

Lima, 19 de abril de 2005



**MINISTERIO PUBLICO**  
Trigésima Octava Fiscalía Provincial Penal

1-345  
COLEGIO DE ABOGADOS  
DE LIMA



Anexo 13

68  
asunto no

05 ABR 26 AM 11 50  
INGRESO N° 364-05  
NOTIFICACIONES ESPECIALES

## NOTIFICACION

**NOMBRE** : **FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY.**

**DOMICILIO** : Casilla N° 4363 del Colegio de Abogados de Lima.  
4to. Piso – Palacio Nacional de Justicia.  
=====

Por disposición del señor Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, notifico a usted, a efectos de concurrir a este Despacho ubicado en la Cuadra 5 de la Av. Abancay (Ex Minist Economía) Of. 554, el día 05 de Mayo 2005, a horas 9.00 am, a efectos de prestar su declaración indagatoria, en la denuncia interpuesta por la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., por los delitos contra la Fe Pública y Fraude Procesal.

Lima, 21 de Abril del 2005.

JOSE LUIS NUÑEZ SANCHEZ  
LEG. ABOGADO  
FISC. PROV. PENAL LIMA

05 ABR 26 PM 5 14





Anexo 14

64  
Sentencia

Ingreso: 364-05

**SOLICITO PROGRAMACIÓN DE NUEVA FECHA Y HORA PARA REALIZACIÓN DE DECLARACIÓN INDAGATORIA**

SEÑOR FISCAL DE LA TRIGÉSIMA OCTAVA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL DE LIMA:

4 mayo

RENEE HERNÁN QUISPE SILVA, abogado del señor FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY, en la denuncia interpuesta por la supuesta comisión del delito de falsedad genérica y fraude procesal, a usted atentamente digo:

Hemos sido notificados de la programación de la declaración indagatoria de mi patrocinado para el día 5 de mayo a horas 9:00 am. Sin embargo, por causas ajenas a su voluntad, éste se verá imposibilitado de asistir a la mencionada diligencia por lo que **SOLICITO** a su Despacho se sirva señalar nueva fecha y hora para la realización de su declaración indagatoria a fin de que se le otorgue la posibilidad de desvirtuar las acusaciones realizadas en su contra en el marco de la presente denuncia conforme al derecho de defensa que le asiste.

**POR TANTO:**

A usted señor Fiscal, pido: se sirva proveer conforme a lo solicitado.

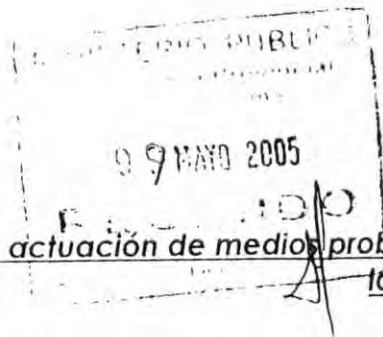
Lima, 5 de mayo de 2005

RENEE H. QUISPE SILVA  
ABOGADO  
CAL N 38148



# ANEXO 12





Anexo 19  
86  
abril 19

Ing. 364-05

Solicito actuación de medios probatorios pertinentes para el esclarecimiento de los hechos materia de la presente investigación

SEÑOR FISCAL DE LA TRIGÉSIMO OCTAVA FISCALÍA PROVINCIAL DE LIMA:

DINO CARLOS CARO CORIA, abogado del señor FERNANDO CANTUARIAS SALAVERY, en la denuncia interpuesta por la supuesta comisión del delito contra la fe pública y otro en agravio de Cía. Exploraciones Algamarca S.A., a Usted atentamente dice.-

Atendiendo al estado de la presente investigación y a fin de que su despacho cuente con medios probatorios pertinentes suficientes para el esclarecimiento de los hechos que viene conociendo, **SOLICITO** la actuación de los suficientes medios probatorios:

1. Se **cite** al señor JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, Presidente del Tribunal Arbitral a fin de que informe: (i) cuáles fueron los términos mediante los cuales se rechazó la recusación y (ii) si en el desarrollo de dicho proceso pudo advertir alguna conducta por parte del señor Fernando Cantuarias Salaverry que denotara alguna parcialidad o interés particular en los asuntos que venía conociendo en el proceso arbitral. Jorge Santistevan De Noriega deberá ser citado en la sede del Tribunal Arbitral.
2. Se **cite** al señor VÍCTOR AVILA CABRERA, árbitro a fin de que informe: (i) cuáles fueron los términos mediante los cuales se rechazó la recusación y (ii) si en el desarrollo de dicho proceso pudo advertir alguna conducta por parte del señor Fernando Cantuarias Salaverry que denotara alguna parcialidad o interés particular en los asuntos que venía conociendo en el proceso arbitral. Víctor Avila Cabrera deberá ser citado en la sede del Tribunal Arbitral.
3. Se **cite** a la señora MAYTE REMY CASTAGNOLA, secretaria arbitral en el proceso arbitral suscitado entre Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., Compañía Minera Algamarca S.A. y Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. a fin de que informe si en el desarrollo de dicho proceso pudo advertir alguna conducta por parte del señor Fernando Cantuarias Salaverry que denotara alguna parcialidad o interés particular en los asuntos que venía conociendo en el proceso arbitral. Mayte Remy Castagnola deberá ser citada en la sede del Tribunal Arbitral.
4. Se **cite** al señor JOSÉ HUMBERTO ABANTO VERASTEGUI, representante de la empresa denunciante, a fin de que acredite: (i) en qué extremo de la recusación formulada contra mi patrocinado refirió que el mismo ostentaba la calidad de socio (titular de acciones) del Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados SCRL y (ii) en qué



87  
atentamente

escrito de descargo realizado por el señor Fernando Cantuarias Salaverry éste señaló de manera expresa no ostentar la calidad de SOCIO (titular de acciones) del Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados SCRL, como detalla en la denuncia, dado que mi patrocinado se limitó a contestar los términos de la recusación formulada en su contra. José Humberto Abanto Verastegui deberá ser citado en Av. Los Cipreses No. 595 Jardín Primavera Zona - Villa María del Triunfo y en Calle Libertadores No. 350-San Isidro.

5. Se cite al Gerente General de Cía. Exploraciones Algamarca S.A. y Cía. Minera Algamarca S.A. a fin de que señale si se instruyó al señor José Humberto Abanto Verastegui para que formule denuncia contra el señor Fernando Cantuarias en representación de la empresa o si fue decisión unilateral de este último dicho acto. El Gerente General de Cía. Algamarca S.A. deberá ser citado en Los Libertadores No. 350, San Isidro.
6. Se cite al presidente del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, a fin de que señale cuál fue el procedimiento seguido para el nombramiento del árbitro Fernando Cantuarias Salaverry, quien deberá ser citado en Calle Roca de Vergallo No. 457, Magdalena del Mar.
7. Se oficie al Tribunal Arbitral a fin de requerirle copias certificadas de todos los escritos presentados en mérito a la recusación formulada contra el señor Fernando Cantuarias y las resoluciones recaídas en dicho proceso, a fin de corroborar que no existió conducta irregular alguna por parte de mi patrocinado que conllevara su recusación. En este sentido, se podrá corroborar que la ilegal y única intención de Cia. Exploraciones Algamarca S.A. es entorpecer la tramitación del proceso arbitral, hostigando a los árbitros.
8. Se oficie a la empresa Minera La Poderosa S.A. a fin de requerirle ponga a disposición de su despacho el Estatuto de la empresa y se pueda conocer si efectivamente un Director cuenta con la facultad de decidir la contratación y permanencia de un abogado externo, tal como pretende afirmar la parte denunciante.

**POR TANTO;**

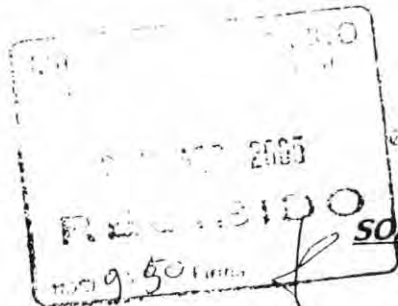
**A Usted, señor Fiscal, solicito:** se sirva acceder a lo solicitado.

**Lima, 9 de mayo de 2005**

DR. ROBERTO GARCÍA

# ANEXO 13





en fijos 0181



ING. 364-05

**SOLICITO REALIZACIÓN DE INFORME ORAL**

Anexo 15

70  
santa

**SEÑOR FISCAL DE LA TRIGÉSIMA OCTAVA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL DE LIMA:**

**DINO CARLOS CARO CORIA**, abogado de FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY, en la denuncia interpuesta por la supuesta comisión del delito de falsedad genérica y fraude procesal, a usted atentamente dice:

1. Atendiendo al estado de la presente investigación fiscal solicito a su despacho se sirva disponer la realización de un informe oral y conceder el uso de la palabra al suscrito por el término de 25 minutos, a fin de exponer los argumentos de hecho y de derecho que sustentan la defensa del señor Fernando Cantuarias Salaverry en la denuncia interpuesta en su contra por la supuesta comisión del delito de falsedad genérica y fraude procesal.
2. Como podrá advertir su despacho de las copias simples -adjuntas al presente escrito- de notificaciones emitidas por diversas Fiscalías (hasta por la Fiscalía de la Nación), es ya una práctica usual la realización de informes orales a nivel de Ministerio Público. En efecto, en el Exp. N° 28-2003-ICA la Fiscal de la Nación Nelly Calderón concedió el uso de la palabra a favor del abogado solicitante y fijó consecuentemente fecha y hora para la realización del informe oral en sede del Ministerio Público. Así también sucedió en las denuncias tramitadas ante el Ministerio Público (Ing. N° 34-03, Ing. N° 001-2000-FPPE e Ing. N° 01-04), donde fiscales titulares hicieron lo propio.
3. Ahora bien, nuestro pedido se sustenta en el respeto al derecho de defensa, contenido en el artículo 139°, numeral 14 de la Constitución Política. Es en virtud de este derecho se que se garantiza al ciudadano que no quede en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos públicos, de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos<sup>1</sup>.
4. En este orden de ideas, se tiene que el Tribunal Constitucional el 15 de abril de 2002, en la sentencia recaída en el Expediente No. 1268-2001-HC/TC, estableció que el derecho de defensa y del debido proceso no sólo son aplicables en sede jurisdiccional, sino también en sede del Ministerio Público:

*De conformidad con el artículo 8º, inciso 2), literal "c" de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, (...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las*

<sup>1</sup> Expediente N° 1230-2002-HC/TC, caso Tineo Cabrera.





H  
Sentencia

siguientes garantías mínimas: (...) c) concesión al inculpado de tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa". Este derecho constitucional, por su naturaleza, compone el derecho al debido proceso garantizado en el Artículo 139º, inciso 3) de la Constitución Peruana (...) El enunciado "Durante el Proceso" mencionado en el citado Artículo 8º debe entenderse que se proyecta, en el caso de los procesos penales, **también al ámbito de su etapa prejurisdiccional, es decir, aquél cuya dirección compete al Ministerio Público (...)**

5. En este sentido, no sólo la realización de informes orales a nivel de Ministerio Público se ha convertido en una práctica usual, sino que esta práctica posee respaldo jurisprudencial de observancia obligatoria. El derecho constitucional del debido proceso de toda persona; derecho que en el que se apoya el presente pedido, tal como lo establece el Supremo Tribunal, se aplica también en las etapas de investigación a nivel de Ministerio Público, como sucede en el caso que nos ocupa.
6. Adicionalmente a este razonamiento, se tiene que el Tribunal Constitucional ha precisado (Exp. Nº 1268-2001-HC/TC) que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene una aplicación directa en tanto los tratados que lo componen forman parte del Derecho nacional, así como la fuerza interpretativa, ya que éste necesariamente debe interpretarse a la luz de los tratados internacionales suscritos y ratificados por nuestro país. Así se expresa la resolución de 11 de octubre de 2004 (Exp. 706-04-HC) en torno a las llamadas garantías judiciales del art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pactos de San José, según la cual:

"El enunciado "durante el proceso", debe entenderse que se proyecta en el caso de los procesos penales, **también al ámbito de su etapa pre jurisdiccional**, es decir, aquél cuya dirección compete al Ministerio Público..."

7. Por consiguiente, resulta claro que en el caso que nos ocupa puede ejercerse el derecho constitucional de defensa, a fin de que el suscrito, en representación de los intereses legales de mi patrocinado, pueda ser oído por el representante del Ministerio Público, toda vez que corresponde a Ud., de pleno derecho, el ejercicio de la acción penal como titular de la misma.

#### POR TANTO:

**A Usted, señor Fiscal, solicito:** Se sirva señalar fecha y hora para la realización de un informe oral, concediendo al suscrito el uso de la palabra solicitado.

**PRIMER OTROSI DIGO:** Adjunto los siguientes documentos:

1. Copia simple de la resolución de 11 de octubre de 2004 emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente Nº 706-04-HC.



*72  
señalados*

2. Copia simple de la notificación en la Denuncia Nº 34-03 en donde se concede el uso de la palabra al abogado patrocinante designando fecha para el informe oral.
3. Copia simple de la notificación en la Denuncia Nº 001-2000-FPPE en donde el Fiscal concede el uso de la palabra a la defensa del denunciado.
4. Copia simple de la notificación en el Exp. Nº 28-2003-ICA en la cual la Fiscal de la Nación, Dra. Nelly Calderón Navarro, concede el uso de la palabra al abogado patrocinante señalando fecha y hora para el informe oral.
5. Copia simple de la sentencia emitida el 15 de abril de 2002 por el Tribunal Constitucional en el expediente No. 1268-2001-HC/TC.

**Lima, 19 de abril de 2005**

*[Firma]*  
19. 04. 05 12.00 PM

B  
Sentencia

139491

DE ABOGADOS  
DE LIMA**MINISTERIO PUBLICO**

Trigésima Octava Fiscalía Provincial Penal

INGRESO N° 364-05

**NOTIFICACION****NOMBRE : DINO CARLOS CARO CORIA****DOMICILIO :** Casilla N° 4363 del Colegio de Abogados de Lima  
4to. Piso del Palacio Nacional de Justicia.  
=====

Por disposición del señor Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, notifico a usted, a efectos de concurrir a este Despacho ubicado en la Cuadra 5 de la Av. Abancay (Ex Minist Economía) Of. 554, en razón de haberse admitido el pedido de Informe Oral, por el término de 15 minutos, señalándose para el día 04 de Mayo de 2005, a horas 9 .00 am; con relación a la denuncia interpuesta por la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., por los delitos contra la Fe Pública y Fraude Procesal.

Lima, 21 de Abril del 2005.



Anexo 17

74  
de Kenhauer

Ingreso N° 364-2005

Solicita reprogramar fecha y hora para realización de informe oral

SEÑOR FISCAL DE LA TRIGÉSIMA OCTAVA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL DE LIMA

DINO CARLOS CARO CORIA, abogado de FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY, en la investigación preliminar ordenada por su Despacho por la presunta comisión de delito contra la Fe Pública y otro, a usted atentamente digo:

1. Habiendo sido notificado por su Despacho de la programación para la realización de informe oral concedido al suscrito para el 4 de los corrientes a las 9:00 am, **SOLICITO** a Usted se sirva programar nueva fecha y hora para que se lleve a cabo la citada diligencia.
2. Como es de su conocimiento, la actividad probatoria en la presente denuncia aún no ha culminado. Tanto es así, que la diligencia materia del pedido de nueva fecha y hora fue programada para una fecha anterior a la de la realización de la declaración indagatoria de mi defendido. En efecto, la diligencia de informe oral fue programada para el día 4 de mayo, mientras que la de declaración indagatoria para el 5 de mayo.
3. No se cuenta aún, pues, con un asidero probatorio completo que pueda permitir a la defensa de mi patrocinado demostrar al representante del Ministerio Público la licitud de la conducta de mi patrocinado en los hechos materia de la presente denuncia. La actuación probatoria no ha culminado, siendo en este sentido que la exposición de los argumentos de defensa de mi patrocinado en el marco de la denuncia interpuesta en su contra ante su Despacho no podría ser adecuadamente desplegada aún.

**POR TANTO;**

A usted, señor Fiscal, **solicito**: que en mérito a los argumentos aquí referidos, se sirva señalar nueva fecha y hora para la realización del informe oral de la defensa del señor Fernando Cantuarias Salaverry.

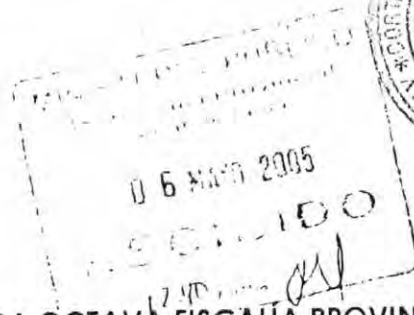
Lima, 4 de mayo de 2005

DINO CARLOS CARO CORIA  
ABOGADO

# ANEXO 14







ING. 364-05

PRESENTO DESCARGOS

SEÑOR FISCAL DE LA TRIGÉSIMA OCTAVA FISCALÍA PROVINCIAL DE LIMA:

DINO CARLOS CARO CORIA, abogado del señor FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY en la denuncia interpuesta por la supuesta comisión del delito contra la fe pública y otro en agravio de Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., a Usted atentamente digo.-

### I. PETITORIO

Atendiendo al estado de la presente denuncia y al derecho de defensa que asiste a mi patrocinado, PRESENTO DESCARGOS que sustentan la ausencia de delito perseguible penalmente en el presente caso, demostrando la licitud de la conducta del señor FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY en la denuncia interpuesta en su contra por la supuesta comisión del delito de falsedad genérica y fraude procesal.

En tal sentido, SOLICITO a su Despacho se sirva desestimar la presente denuncia y en su momento resolver No Ha Lugar a formular denuncia penal contra mi patrocinado por los delitos denunciados ante su Despacho.

### II. DE LAS INDEBIDAS ACUSACIONES FORMULADAS CONTRA MI PATROCINADO

1. Las acusaciones formuladas contra el señor Fernando Cantuarias versan sobre su participación en el proceso arbitral instaurado entre Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., Compañía Minera Algamarca S.A. y Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. sobre la declaración de cumplimiento y ejecución de contrato. Específicamente, sobre su descargo durante la audiencia realizada en mérito a la recusación formulada en su contra por Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. Se sostuvo que:

- (i) Que mi patrocinado no cumplió con informar a las partes comprendidas en el proceso arbitral acerca de las causas que podrían conllevar una posible recusación.
- (ii) Que mi patrocinado, en su absolución del traslado de la recusación formulada en sede arbitral por parte de Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. contra él, refirió que, en su calidad de abogado de un Estudio Jurídico, se le asignó la prestación específica del servicio legal a favor de la empresa Compañía Minera Poderosa S.A. Al respecto, el



26  
sentencia

denunciante afirma que el señor Fernando Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados SCRL desde diciembre de 1993 y apoderado desde el 12 de julio de 1995, habiendo incrementado su participación societaria con aporte de capital el 31 de diciembre de 1998.

- (iii) Que mi patrocinado es miembro activo de un Estudio de Abogados que sostiene permanentes relaciones laborales de patrocinio legal con la empresa Compañía Minera Poderosa S.A., cuyo órgano de administración estaba integrado por el representante legal de la demandante Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. hasta el año 2001.
- (iv) Que mi patrocinado no solamente ha prestado servicios en el Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados SCRL, sino que además es falso de que se haya alejado del mismo en el año 1996 a raíz de la asunción de un cargo público, a saber, Gerente Legal de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI).

### III. HECHOS ACAECIDOS EN LA RECUSACIÓN FORMULADA CONTRA MI PATROCINADO EN EL MARCO DEL PROCESO ARBITRAL INSTAURADO ENTRE CÍA. DE EXPLORACIONES ALGAMARCA S.A., CÍA. MINERA ALGAMARCA S.A. Y MINERA SULLIDEN SHAHUINDO S.A.C.

1. El 2 de noviembre de 2004, Cía. de Exploraciones Algamarca S.A. formuló recusación contra mi patrocinado, señor Fernando Cantuarias, en el marco del proceso arbitral antes mencionado. Sostuvo en dicha recusación que existían hechos que generaban una duda justificada sobre su imparcialidad e independencia de mi defendido en dicho proceso arbitral.

2. En este sentido, Cía. de Exploraciones Algamarca S.A. alegó que mi defendido incumplió con informar de la existencia de circunstancias que lo desmerecían como arbitro en dicho proceso arbitral. En efecto, sostuvo:

- (i) Que el padre de mi defendido se desempeñaba, conjuntamente con el Dr. Lastres (representante legal de la empresa Minera Sulliden Shahuindo S.A.C., contraparte de Cía. de Exploraciones Algamarca S.A. en el proceso arbitral), como director de Cía. Minera Poderosa S.A.
- (ii) Que el señor Cantuarias Salaverry había ejercido la representación legal de Cía. Minera Poderosa S.A. en un arbitraje instaurado entre dicha empresa y Minero Pataz EPS.
- (iii) Que ello evidenciaba que existió una relación de dependencia entre el Dr. Lastres y mi defendido ya que el primero de los mencionados supervisaba el trabajo de mi defendido y podía decidir la permanencia del señor Cantuarias Salaverry como abogado defensor de los intereses de Cía. Minera Poderosa S.A.



77  
sknlmch

- (iv) Que mi patrocinado trabajaba en el estudio de abogados (Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados SCRL) que patrocina frecuentemente los intereses de Cía. Minera Poderosa S.A.
- (v) Que estos hechos habían determinado la conveniencia del Dr. Lastres de designar al señor Fernando Cantuarias como arbitro de Cía. de Exploraciones Algamarca S.A. en su calidad de directivo del Instituto Nacional de Derecho de Minería Petróleo y Energía.

3. Es en el marco de esta recusación y considerando los extremos precisos de dicha recusación planteada por Cía. de Exploraciones Algamarca S.A., que el señor Fernando Cantuarias realizó sus descargos, afirmando en este sentido que:

- (i) Que Cía. de Exploraciones Algamarca S.A. se había rehusado desde un inicio a realizar la designación de un árbitro por lo que el Instituto Nacional de Derecho de Minería Petróleo y Energía procedió a designar al señor Fernando Cantuarias como tal, en cumplimiento del convenio arbitral suscrito entre las partes.
- (ii) Que no existía dependencia alguna de mi patrocinado respecto a su padre.
- (iii) Que el proceso arbitral en el que se desempeñó como abogado de Cía. Minera Poderosa S.A. se dio en el año 1996 entre empresas absolutamente ajenas al proceso arbitral instaurado entre Cía. de Exploraciones Algamarca S.A., Cía. Minera Algamarca S.A. y Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.
- (iv) Que no existió dependencia alguna por parte de su persona respecto al Dr. Lastres, por cuanto el antes mencionado no podía decidir la permanencia de mi defendido como abogado de Cía. Minera Poderosa S.A., ya dicha decisión le correspondía al Directorio en su conjunto o a la Gerencia General de dicha empresa.
- (v) Que el Dr. Lastres no supervisó ni pudo supervisar en forma alguna el desempeño profesional del señor Fernando Cantuarias ya que no correspondía a su función.
- (vi) Que en junio de 1996 fue designado mediante resolución suprema, publicada en el Diario Oficial El Peruano como Gerente Legal de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), desempeñando dicha función hasta diciembre de 2000, desempeñándose también como Gerente de Planeamiento y Operaciones y Coordinador Nacional de la Formalización.

4. El 25 de noviembre de 2004, mediante resolución No. 75, el Tribunal Arbitral conforme a sus competencias y facultades establecidas de manera expresa en el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, se pronunció en el sentido de que:

- (i) Que el padre del árbitro recusado es accionista absolutamente minoritario, junto con el doctor Enrique Lastres Berninzon, en una sociedad anónima minera, a la que -como veremos más adelante-





78  
atencable

- representó en un proceso arbitral hace ocho años; empresa que además no tiene vínculo alguno con el arbitraje:
- (ii) Que el Instituto de Derecho de Minería, Petróleo y Energía nombró árbitro por rebeldía de EXPLORACIONES ALGAMARCA al doctor Fernando Cantuarias Salaverry, sin que el doctor Lastres Berninzon hubiera podido ejercer influencia alguna;
  - (iii) El doctor Cantuarias Salaverry ha reconocido su participación como abogado defensor de Compañía Minera Poderosa S.A. en 1996 en el proceso arbitral seguido por esta empresa con Minero Pataz EPS y que su actuación se limitó a suscribir dos escritos en 1996 y nada más, pues luego pasó a desempeñar un cargo público.
  - (iv) Los hechos dan cuenta que se dio una relación puramente circunstancial del árbitro Cantuarias Salaverry con la empresa en la que el doctor Lastres Berninzon era accionista minoritario y director en fecha lejana (1996). (...)
  - (v) El lapso en que pudo haber algún tipo de vinculación entre el doctor Lastres Berninzon y el árbitro Cantuarias Salaverry, bajo una alegada y no probada relación cliente-abogado defensor (ya que la relación era con la Cía. Minera Poderosa S.A.), se limitó -de acuerdo a lo actuado- a marzo de 1996 - junio 1996 ocasión en la que el aludido árbitro fue elegido Gerente Legal de COFORPI a dedicación exclusiva de la institución en la que prestó servicios hasta el mes de diciembre de 2000, puntualizando que en dicho período ocasionalmente elaboró consultas jurídicas sobre materia arbitral sin que ninguna de ellas tuviera relación con el doctor Lastres Berninzon, ni con las partes involucradas en el presente arbitraje, ni con el asunto materia de la presente controversia.
  - (vi) El tiempo transcurrido entre la oportunidad en que tales hechos ocurrieron en 1996 y el presente arbitraje (2004) pone de manifiesto una notoria lejanía con relación a la actuación como árbitro del doctor Cantuarias Salaverry en el presente proceso, sin que haya demostración o comprobación alguna de elemento adicional que permita razonablemente afirmar que puede haber vinculación actual y sustantiva entre el representante legal de la demandante y el árbitro aludido.
  - (vii) Por lo demás, la coincidencia entre la condición de accionista y director de Compañía Minera Poderosa S.A. que ostentó en 1996 el doctor Lastres Berninzon con la circunstancia de abogado defensor del árbitro Cantuarias Salaverry de la citada Compañía ocurrida hace ocho años, no tiene relación alguna con las partes ni con la materia controvertida en el presente proceso.

5. Es recién después que el Tribunal Arbitral declara sin lugar la recusación contra mi representado, que Cía. de Exploraciones Algamarca S.A. introduce por primera vez, de manera irregular y extemporánea, la alegación de que mi representado era socio del Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich, Abogados, como consta del escrito de nulidad sustancial de resolución de fecha 2 de diciembre de 2004.



79  
sentencia

6. Fue justamente ante esta nueva alegación que mi representado mediante escrito de descargo de 9 de diciembre de 2004, procedió a confirmar que efectivamente era socio del mencionado bufete de abogados, de propiedad absoluta de su señor padre, pero que, como efectivamente había aclarado en su momento, él había dejado de laborar allí para asumir un cargo público, a saber, la Gerencia Legal de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) en junio de 1996.

7. Ante esta situación, el Tribunal Arbitral mediante Resolución No. 97 de 30 de diciembre de 2004, expresamente desestimó la nulidad planteada por Cia. de Exploraciones Algamarca S.A., ratificando que ninguno de los hechos nuevos aducidos por esta empresa podían dar lugar a recusación alguna.

#### IV. SOBRE LA INCONCURRENCIA DE DELITO EN LA CONDUCTA DE MI PATROCINADO

1. El art. 416º sanciona la conducta de aquél que, por cualquier medio fraudulento, induce a error a un funcionario público para obtener una resolución contraria a la ley.

2. Respecto a los elementos constitutivos del tipo penal del delito de fraude procesal, la jurisprudencia nacional ha establecido que:

*"(...)siendo la doctrina quien indica que lo que pretende el defraudador es no solamente el error y engaño del juez, sino que por este medio tratará de conseguir una sentencia o resolución o acto decisorio que, formalmente lícita por su contenido de injusticia, despojará a sus contrarios de sus derechos (...)".<sup>1</sup> (Exp. 5131-97 de 14/04/98)*

*"(...) la autoría en el ilícito penal se ha acreditado, por cuanto se ha probado en autos que presentó los documentos cuestionados en el proceso de desalojo iniciado en su contra, con el evidente propósito de obtener una resolución favorable, logrando su finalidad, (...) al haber mantenido en error al juzgador, evidenciándose por ello su conducta ilícita (...)".<sup>2</sup> (Exp. Huanuco 4754-97 de 15/01/98)*

3. En tal sentido, se tiene que la conducta criminalizada como fraude procesal sanciona la inducción a error a un funcionario público con el fin de que éste caiga en error y emita una resolución contraria a ley. En esta medida, la inducción a error mediante un mecanismo fraudulento con suficiente entidad para engañar al funcionario público debe ser sancionado bajo este tipo penal.

<sup>1</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Actuales Tendencias Jurisprudenciales de la práctica penal. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 678.

<sup>2</sup> Ibid.





30  
atento

4. Por su parte, el art. 438° del Código Penal sanciona como delito de falsedad genérica la conducta de aquél que comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde.

5. La conducta criminalizada como delito de falsedad genérica debe suponer: una simulación, suposición o alteración dolosa de la verdad mediante la palabra, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo, con perjuicio a terceros.

6. En el caso que nos ocupa, se tiene que los tipos penales invocados no concurren. En efecto, mi patrocinado no ha hecho uso de mecanismo o medio fraudulento alguno para inducir a error a los miembros del Tribunal Arbitral para obtener una resolución contraria a ley. Tampoco ha alterado la verdad en perjuicio de Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.

7. No se ha inducido a error en momento alguno a los miembros del Tribunal Arbitral por cuanto **los descargos presentados por mi patrocinado** en su oportunidad ante la recusación formulada contra su persona en calidad de árbitro en el proceso arbitral instaurado entre Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., Compañía Minera Algamarca S.A. y Minera Sulliden Shahuindo S.A.C., se condicen con la verdad.

8. Respecto al deber de información a las partes del proceso arbitral de la existencia de hechos que podrían conllevar a la formulación de una recusación contra mi defendido en dicho proceso, se tiene que el art. 29° de la Ley General de Arbitraje establece que: "La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a una posible recusación, y el árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado ellas (...)".

Si bien es cierto que mi patrocinado no comunicó las circunstancias a las que se refiere el denunciante, ello no implica bajo ningún supuesto la configuración de ilícitos penales tales como la falsedad genérica o fraude procesal. No estamos, pues, ante un engaño o mecanismo fraudulento sancionado por la norma penal: NO SE SIMULÓ, SUPUSO O ALTERÓ LA VERDAD. Tampoco nos encontramos ante un proceso en el cual se haya pretendido o haya efectivamente inducido a error a funcionarios públicos (elemento exigido por el tipo penal de fraude procesal).

Es más, se tiene que el Tribunal Arbitral que conoció de la recusación interpuesta contra mi patrocinado consideró, a la luz de la Ley General de Arbitraje, que los hechos no comunicados por el señor Fernando Canturias Salaverry no resultaban relevantes para los efectos del proceso arbitral instaurado entre Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., Compañía Minera Algamarca



21  
atentun

S.A. y Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. La Ley General de Arbitraje impone al árbitro el deber de informar de la existencia de hechos o circunstancias lógicas y razonables que pudiesen sostener la interposición de una recusación en su contra; supuesto que no aconteció en el presente caso. Cía. Minera Poderosa S.A. no tiene vínculo alguno con las partes de este proceso. Por tanto, mi patrocinado no tenía porqué informar de ninguna relación con esa empresa. Para efectos legales, esa relación es intrascendente y forma obvia relación abogado-cliente.

El denunciante califica de ilegal la conducta de mi patrocinado sobre la base de que el Dr. Lastres era, conjuntamente con el padre de mi defendido, Director de Cía. Minera Poderosa S.A., empresa que a su vez era cliente del Estudio Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados SCRL. De allí, afirma maliciosamente que mi patrocinado tendría una relación indirecta de negocios con el Dr. Lastres, ya que indirectamente mi patrocinado tendría, para mantener al cliente (Cía. Minera Poderosa S.A.) que servir al Dr. Lastres. Además, adujo que el Dr. Lastres supervisaba el trabajo profesional prestado por mi patrocinado a favor de Cía. Minera Poderosa S.A.

Dichas afirmaciones son por lo demás absurdas e inexactas, por cuanto no es función de ningún Director (calidad que ostentaba el Dr. Lastres en Cía. Minera Poderosa S.A.) supervisar las labores de los abogados a los que una sociedad contrata para conocer de un caso (en el caso específico de mi patrocinado, el arbitraje entre Cía. Minera Poderosa S.A. y la empresa Minera Pataz EPS, que tampoco tiene nada que hacer en este caso). Es más, dicho proceso arbitral culminó el mismo año de 1996. Mi defendido no tenía el deber de informar la relación que sostuvo en el año 1996 con Cía. Minera Poderosa S.A., por cuanto el presente arbitraje no involucra a ninguna de las partes que se sometieron al proceso arbitral hace ya 8 años.

Tan es así que el Tribunal Arbitral -en la recusación interpuesta contra mi patrocinado- resolvió que el tiempo transcurrido entre 1996 y el arbitraje (2004) ponía de manifiesto una notoria lejanía con relación a la actuación como árbitro del doctor Cantuarias Salaverry en el proceso arbitral, siendo además que se trató de una relación puramente circunstancial del árbitro Cantuarias Salaverry con la empresa en la que el Dr. Lastres Berninzon era accionista minoritario y uno de los varios directores en fecha lejana (1996).

**9. Respecto a la relación laboral que mantuvo mi patrocinado con Compañía Minera Poderosa S.A.** debe señalarse que en sus descargos de 9 de noviembre de 2004, el señor Fernando Cantuarias Salaverry manifestó haber participado como abogado del Estudio Cantuarias en un caso arbitral seguido por Compañía Minera Poderosa S.A. contra la empresa Minero Pataz EPS; proceso arbitral que data del año 1996; hace 9 años, 8 años al momento de sus descargos. **Mi patrocinado no negó dicha relación laboral en momento alguno.**

Además, tal como señaló en sus descargos ante el Tribunal Arbitral, no existió situación de dependencia entre mi defendido y el Dr. Enrique Lastres Berninzon. Éste último no tenía injerencia alguna en la permanencia o en la



conducción del patrocinio legal encargado a mi defendido. Ello solo era de competencia exclusiva del órgano de dirección de Cía. Minera Poderosa S.A.

Asimismo, se tiene que mi patrocinado no se pronunció al momento de presentar sus descargos a la recusación acerca de su condición en el Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados SCRL ni su participación social en dicho Estudio, simplemente porque ELLO NO FUER MATERIA DE LA RECUSACIÓN PLANTEADA CONTRA SU PERSONA. Fue recién en fecha posterior que Cía. de Exploraciones Algamarca S.A. saca a relucir ese tema, momento en el cual mi patrocinado reconoce tal situación. Sobre el particular, cabe referir que en la Junta General de Socios del Estudio Jurídico Cantuarias de 28 de agosto de 2003, consta que la participación social de mi patrocinado es de apenas 12 participaciones sociales (0.01% del total). Adicionalmente, queda claro respecto a este dato fáctico que resulta distinto ser socio de un Estudio Jurídico a trabajar o estar en dependencia laboral en dicho Estudio.

**10. Respecto a la condición de miembro activo de un Estudio de Abogados que sostiene permanentes relaciones laborales de patrocinio legal con la empresa Compañía Minera Poderosa S.A., cuyo órgano de administración estaba integrado por el representante legal de la demandante Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. hasta el año 2001, es de mencionar que mi patrocinado nunca negó dicha situación.**

En efecto, como se desprende de los descargos de 9 de noviembre de 2004, mi patrocinado confirmó que el Dr. Enrique Lastres Berninzon era director de Compañía Minera Poderosa S.A., pero también añadió que no era cierto que éste pudiera decidir la permanencia del Estudio de Abogados en el que laboraba en dicho momento el señor Cantuarias Salaverry ya que dicha decisión residía en el Directorio o en la Gerencia General de Compañía Minera Poderosa S.A. Dicha afirmación es veraz, NO HABIÉNDOSE INCURRIDO EN FALSEDAD ALGUNA.

Asimismo, el padre de mi defendido, señor Cantuarias Alfaro, no ostentó la calidad de Director de Cía. Minera Poderosa S.A. en el lapso de tiempo comprendido entre 1996 a 2004 (tal como consta en la certificación emitida por la propia Cía. Minera Poderosa S.A. a través de su Gerente General, Rusell Marcelo Santillana), siendo que el Dr. Lastres dejó de ostentar la calidad de Director de Cía. Minera Poderosa S.A. en el año 2001. No había pues ese interés o subordinación de parte de mi defendido respecto del Dr. Lastres que tanto se alega, pues como se desprende de los hechos descritos, no existió una coincidencia temporal o fáctica en el desempeño laboral en Cía. Minera Poderosa S.A. entre el padre de mi defendido y el Dr. Lastres.

**11. Respecto a que mi patrocinado no solamente ha prestado servicios en el Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados SCRL, sino que además es falso que se haya alejado del mismo en el año 1996 a raíz de la asunción de un cargo público, es de mencionar que el señor Cantuarias Salaverry no negó en momento alguno que haya prestado servicios legales al Estudio Jurídico antes referido.** Por el contrario, se tiene que en sus descargos mi





defendido informó que en el año 1996 fue designado como Gerente Legal de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), conforme se desprende de la Resolución Suprema publicada en Junio de dicho año, ocupando adicionalmente los cargos de Gerente de Planeamiento y Operaciones y Coordinador Nacional de la Formalización. No prestó sus servicios profesionales en el Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich. Al parecer el denunciante confunde la situación de socio de un Estudio, calidad nunca negada por mi defendido, con la efectiva prestación de servicios en dicho Estudio; no existía relación laboral o de dependencia como desprenderá su Despacho.

12. Finalmente, se tiene que no es cierto que el Dr. Lastres Berninzon haya intervenido de manera alguna en la elección como árbitro del señor Cantuarias Salaverry. Como bien informó el Dr. Lastres mediante escrito de 11 de noviembre de 2004, remitido al Tribunal Arbitral, él no participó de la sesión en la que se tomó la decisión de designar a mi defendido como arbitro, lo cual se desprende del Acta de la sesión de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, sesión de la que se excusó precisamente por ser representante legal de Sulliden Shahuindo S.A.C. La designación del arbitro de Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. se debió a su falta de designación y no respondió a intereses distintos a dicha necesidad.

En efecto, el propio Tribunal Arbitral señaló en la resolución No. 75 de 25 de noviembre de 2004 que no puede ser irregular el nombramiento de un tercero como árbitro conforme a lo expresamente acordado por las partes en su convenio arbitral legal y válido. Las partes del proceso arbitral determinaron con anterioridad en el convenio arbitral suscrito por Exploraciones Algamarca (cláusula sexta del contrato de transferencia de propiedades mineras de 11 de noviembre de 2002) el nombramiento de un árbitro por parte del mencionado Instituto ante la ausencia de uno nombrado por una de las partes dentro de 30 días.

13. Sin perjuicio de lo hasta aquí alegado, es de verse que no se ha producido perjuicio sancionable por el ordenamiento jurídico penal (elemento objetivo de punibilidad del tipo penal de falsedad genérica) en agravio de Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.

No puede entenderse perjudicial una resolución recaída en el normal ejercicio de las funciones y atribuciones legales del Tribunal Arbitral. La resolución contraria a las pretensiones de una de las partes no puede entenderse como un perjuicio sancionado por el tipo penal de falsedad genérica y menos aún entenderse una resolución ilegal sancionado por el delito de fraude procesal.

## V. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE SUPUESTOS DE PREJUDICIALIDAD EN SEDE CIVIL

1. Por último, se tiene que los arts. 31º y 58º de la Ley General de Arbitraje establecen que:



Artículo 31º.- Procedimiento de recusación.- (...) Si el árbitro no fuera colegiado, la institución organizadora del arbitraje, cuando correspondiera, o el tribunal arbitral, resolverá la recusación por mayoría absoluta sin el voto del recusado (...) Contra la resolución que el Juez, la Institución organizadora o el Tribunal pronuncien, no procede ningún medio impugnatorio (...)

Artículo 58º.- Recursos contra resoluciones.- contra resoluciones distintas del laudo sólo procede recurso de reposición ante los propios árbitros, dentro de los tres (3) días siguientes de notificada la resolución.

2. De esta manera, se desprende que la normativa pertinente, esto es, la Ley General de Arbitraje prevé: (i) que el trámite de una recusación debe ser realizado ante el Tribunal Arbitral, la Institución organizadora o una Juez Especializado en lo Civil, únicos legitimados para conocer de las causales de recusación contra un árbitro. (ii) el único medio de cuestionamiento a la decisión del Tribunal Arbitral respecto a una recusación es el recurso de reposición, recurso que debe ser tramitado ante los mismos árbitros.

3. Es del caso que el Tribunal Arbitral se pronunció en el sentido de declarar infundada la recusación formulada contra mi defendido, señor Fernando Cantuarias Salaverry mediante resolución No. 75 de 25 de noviembre de 2004; cualquier cuestionamiento debió realizarse mediante un recurso de reposición, recurso que fue presentado por Cía. de Exploraciones Algamarca S.A. el 29 de noviembre 2004, el mismo que fue declarado improcedente mediante resolución No. 78 de 30 de noviembre de 2004 ya que las cuestiones materia de la recusación ya habían sido resueltos cabalmente. Es en este contexto que, de manera extraordinaria, el 2 de diciembre de 2004, Cía. de Exploraciones Algamarca S.A. dedujo la nulidad sustancial de la resolución No. 75 emitida por el Tribunal Arbitral, la misma que fue declarada improcedente.

4. Como quiera que se trata de medios de cuestionamiento propios del procedimiento civil, de ser el caso, los mismos deben ser conocidos por el Fuero Civil y no por jurisdicción distinta a ella. Estamos entonces ante un caso que implica una prejudicialidad civil, siendo que en el conocimiento de los hechos se requiere de su pronunciamiento.

#### POR TANTO;

A Usted, señor Fiscal, solicito: se sirva merituar lo aquí argumentado y se sirva desestimar la denuncia interpuesta contra mi patrocinado.





**OTROSÍ DIGO:** Presento en calidad de prueba instrumental

1. Constancia emitida por Cía. Minera Poderosa S.A. el 19 de abril de 2005, documento que certifica que el señor Fernando Cantuarias Alfaro no ostentó la calidad de Director en el período comprendido entre el año 1996 al año 2001.
2. Copia simple de la copia informativa del Registro Público de Minería de donde se desprende que: (i) Mediante Junta General de Accionistas de Cía. Minera Poderosa S.A. de 25 de marzo de 1993 se decidió nombrar como Director de la mencionada al señor Fernando Cantuarias Alfaro por el período comprendido entre 1993 y 1996. (ii) Mediante Junta General de Accionistas de Cía. Minera Poderosa S.A. de 20 de marzo de 1995 se decidió nombrar como Director de la mencionada al señor Enrique Lastres Berninzon por el período comprendido entre 1995 y 1996. (iii) Mediante Junta General de Accionistas de Cía. Minera Poderosa S.A. de 30 de abril de 1997 se decidió nombrar como Director de la mencionada al señor Enrique Lastres Berninzon por el período comprendido entre 1997-1998. (iv) Mediante Junta General de Accionistas de Cía. Minera Poderosa S.A. de 31 de marzo de 1998 se decidió nombrar como Director de la mencionada al señor Enrique Lastres Berninzon. (v) Mediante Junta General de Accionistas de Cía. Minera Poderosa S.A. de 19 de abril de 1999 se decidió nombrar como Director de la mencionada al señor Enrique Lastres Berninzon por el período comprendido entre 1999-2000. (vi) En el asiento No. 0088 de la Junta General Ordinaria y Extraordinaria de Accionistas de Cía. Minera Poderosa S.A. de 11 de octubre de 1999 el señor Enrique Lastres Berninzon continuó formando parte del Directorio hasta el año 2001.
3. Copia simple de la Ficha de Inscripción de la Sociedad Anónima Cía. Minera Poderosa S.A. del Registro de Personas Jurídicas, rubro Nombramiento de Mandatarios C00005, mediante la cual se nombró a los miembros del Directorio de esa empresa, entre los cuales se nombró al señor Fernando Cantuarias Alfaro; decisión tomada mediante Junta de Accionistas de 18 de marzo de 2004.
4. Copia certificada del cargo del escrito de descargo presentado por mi defendido el 9 de noviembre de 2004 en la recusación formulada por Cía. de Exploraciones Algamarca S.A.
5. Copia certificada del cargo del escrito de descargo presentado por mi defendido el 9 de diciembre de 2004 en la recusación formulada por Cía. de Exploraciones Algamarca S.A.

Lima, 6 de mayo de 2005

  
Dr. DINO CARLOS GARCIA GORIA  
ABOGADO  
REG. C.A.L. 6433

# ANEXO 15



SIN EFECTOS



MINISTERIO PÚBLICO

Trigésima Octava Fiscalía Provincial  
Penal de Lima.



DENUNCIA N° 364-05



SEÑOR JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL DE LIMA:

**SILVIO MAXIMO CRESPO HOLGUIN**,  
Fiscal Provincial de la Trigésima Octava  
Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, con  
domicilio legal en el Edificio del Ministerio  
Público, sito en la cuadra 05 de la Av.  
Abancay, a usted Digo:

Que, de conformidad con el art. 159° de la  
Constitución Política del Estado, en concordancia con los arts 11° y  
siguientes del Decreto Legislativo N° 052 (Ley Orgánica del Ministerio  
Público), en mérito a los recaudos que se acompañan, **FORMALIZO**  
**DENUNCIA PENAL** contra: **FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY**,  
como presunto autor del delito contra La Fe Pública - Falsedad Genérica -  
en agravio de la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.; y por delito  
contra la Administración de Justicia - Fraude Procesal - en agravio del  
Estado Peruano.

FUNDAMENTOS DE HECHO.

Se desprende de los actuados que, la empresa  
agraviada "Compañía de Exploraciones Algamarca S.A." y "Minera  
Sulliden Shahuindo SAC" ingresaron a un Proceso Arbitral, cuyo Tribunal  
estaba integrado por el denunciado Fernando Cantuarias Salaverry, así  
como por los árbitros Jorge Santistevan de Noriega y Víctor Avila Cabrera;  
es así que la firma afectada plantea recusación contra el referido imputado  
mediante escrito cuya copia se fisarta de fs. 9 a 13, ante lo cual el recusado  
realiza su descargo mediante escrito cuya copia obra a fs. 14-27, en la que  
precisa, "que una empresa ajena a las de la controversia, contrata los  
servicios de un bufete de abogados, al cual presta sus servicios, y le fue  
designada la defensa de la misma, denominada Compañía Minera Poderosa  
S.A.", aseverando en otro punto de su descargo, que dicha defensa la ejerció  
de manera episódica, esto es transitoria, y que se alejó del Estudio de su

Silvio Máximo Crespo Holguín  
Fiscal Provincial Titular  
38° FISC. PROV. PENAL-LIMA





padre en 1996 de manera definitiva; y por último, que con la persona de Enrique Lastres Berninson sostuvo una relación profesional indirecta, por la defensa antes mencionada, pero que dicha vinculación concluyó al término de la defensa; sin embargo, con el acta de constatación notarial de fs. 39 a 42 se determina que el denunciado Fernando Cantuarias, no ha prestado servicios en el Estudio de su señor padre Fernando Cantuarias Alfaro, como lo indicó en su descargo, sino que ha formado parte del mismo en calidad de socio, y además, con la ficha registral de fs. 43 a 45 se establece que inclusive el imputado en el año de 1998 aportó mayor capital, teniendo una mayor participación en la sociedad denominada Cantuarias Garrido Leca & Mulanovich Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada, entonces se aleja de la realidad la aseveración de haberse alejado definitivamente desde el año de 1996, toda vez que forma parte del mismo hasta la fecha. Por otro lado, se ha puesto de manifiesto la relación entre el denunciado con la persona de Enrique Lastres Berninson, al haber sido este último accionista y directivo de la Compañía Minera Poderosa, la misma que contratara los servicios profesionales del Estudio Cantuarias, Garrido Leca & Mulanovich, ejerciendo de esta manera la co-defensa de la compañía Minera con el imputado en el proceso arbitral seguido con la firma Minero Patatez EPS, además, que Lastres Berninson es actualmente Vicepresidente de la Minera Sulliden Shahuindo SAC la que ventila el proceso arbitral en la que se planteo la recusación controvertida, y a su vez, forma parte del Consejo Directivo del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, el mismo que designó al denunciado Cantuarias Salaverry como árbitro en la controversia sujeta al arbitraje; de lo expuesto, se aprecia, que el denunciado no únicamente omitió comunicar de los vínculos mencionados a las partes y demás miembros del Tribunal Arbitral, conforme lo establece el Art. 29 de la Ley General de Arbitraje; sino que además, con los datos falsos proporcionados indujo a error al Tribunal para obtener una resolución contraria a ley, y a su favor, como es la que obra de fs. 28 a 38, por la cual se declaró infundada la recusación; hechos que así detallados revisten gravedad, y merecen una prolija investigación a nivel judicial.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

El evento denunciado se encuentra previsto y sancionado por el Artículo 438° y 416° respectivamente del Código Penal.

En consecuencia, solicito a su Despacho admitir la presente denuncia y darle el trámite que le corresponde conforme a su naturaleza; debiendo disponerse, para el mejor esclarecimiento de los hechos denunciados, las siguientes diligencias:

Silvio Máximo "Cappo" Holguín  
Fiscal Provincial Titular  
38° FISC. PROV. PENAL-LIMA





**DILIGENCIAS A ACTUARSE:**

- 1.- Se reciba la declaración instructiva del denunciado.
- 2.- Se recaben los antecedentes penales y judiciales del denunciado.
- 3.- Se reciba la declaración preventiva del Procurador Público.
- 4.- Se reciba la preventiva del Representante Legal de la Compañía Minera Algamarca S.A.
- 5.- Se reciba la testimonial de Mayte Remy Castagnola.
- 6.- Se reciban las testimoniales de Jorge Santisteban de Noriega y Víctor Avila Cabrera.
- 7.- Se reciba la testimonial de Enrique Lastres Bernirzon.
- 8.- Se reciba la testimonial de Fernando Cantuarias Alfaro.

Y las demás que sean necesarias para el total esclarecimiento de los hechos denunciados.

**OTROSI DIGO:** Solicito se forme el incidente de embargo preventivo, a efectos de garantizar el pago de reparación civil a que diere lugar la presente acción.

Lima, 16 de Mayo de 2005.

SMCH/jns.



Silvia Medina Crespo Holguín  
Fiscal Provincial Titular  
38ª FISC. PROV. PENAL-LIMA





# ANEXO 16



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

SEXTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO PENAL DE LIMA

Paseo de la República s/n - Palacio de Justicia Of. 119-121-123



490  
mepea

Exp. Nro. 279-05

Sec. Quispe

AUTO APERTORIO DE INSTRUCCIÓN

Lima, veintiséis de mayo del año

Dos mil cinco .-

**AUTOS Y VISTOS; y, ATENDIENDO:** Que del Atestado Policial y denuncia del Representante del Ministerio Público que anteceden, resulta que, la empresa agraviada "Compañía de Exploraciones Algamarca Sociedad Anónima" y "Minera Sullidem Shahuindo Sociedad Anónima Cerrada", ingresaron a un Proceso Arbitral, cuyo tribunal estaba integrado por el denunciado Fernando Cantuarias Salaverry, así como por los árbitros Jorge Santisteban de Noriega y Victor Avila Cabrera; es así que la firma afectada plantea recusación contra el referido denunciado mediante escrito cuya copia se inserta de fojas nueve a trece, ante lo cual el recusado realiza un descargo mediante escrito cuya copia obra a fojas catorce a veintisiete; en la que precisa "que una empresa ajena a las de la controversia, contrata los servicios de un bufete de abogados, al cual presta sus servicios y le fue designada la defensa de la misma denominada Compañía Minera Poderosa Sociedad Anónima", aseverando en otro punto de su descargo, que dicha defensa la ejerció de misma episódica, esto es transitoria, y que se alejó del Estudio de su padre en mil novecientos noventa y seis de manera definitiva; y por último, que con la persona de Enrique Lastres Berninson sostuvo una relación profesional indirecta, por la defensa antes mencionada, pero que dicha vinculación concluyó al término de la defensa; sin embargo, con el acta de constatación notarial de fojas treintinueve a cuarentidós se determina que el denunciado Fernando Cantuarias, no ha prestado servicios en el Estudio de su señor padre Fernando Cantuarias Alfaro, como lo indicó en su descargo, sino que a formado parte del mismo en calidad de socio; y, además, con la ficha registral de fojas cuarentitres a cuarenticinco se establece que inclusive el imputado en el año mil novecientos noventa y ocho aportó mayor capital, teniendo una mayor participación

MADEIRA DE MONTREUIL MEZA  
JESUS PENAL

JULIO M. QUISPE YAGUA  
SECRETARIO PENAL  
Sexto Juzgado Penal  
Corte Superior de Justicia de Lima



en la sociedad denominada Cantuarias Garrido-Leca & Mulanovich Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada, entonces se aleja de la realidad ; la aseveración de haberse alejado definitivamente desde el año de mil novecientos noventa y seis, toda vez que forma parte del mismo hasta la fecha ; por otro lado, se ha puesto de manifiesto la relación entre el denunciado con la persona de Enrique Lastres Berninson, al haber sido este último accionista y directivo de la Compañía Minera Poderosa, las misma que contrata los servicios profesionales del Estudio Cantuarias, Garrido Leca & Mulanovich, ejerciendo de esta manera la co-defensa de la compañía Minera con el imputado en el proceso arbitral seguido con la firma Minero Pataz EPS, además, que Lastres Berninson es actualmente Vicepresidente de la Minera Sulliden Shahuindo Sociedad Anónima Cerrada, la que ventila el proceso arbitral en la que se planteo la recusación controvertida, y a su vez, forma parte del Consejo Directivo del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, el mismo que designó al denunciado Cantuarias Salaverry como árbitro en la controversia sujeta al arbitraje; de lo expuesto, se aprecia, que el denunciado no únicamente omitió comunicar su condición de socio y aportante de dicho estudio de abogados ; a las partes y demás miembros del Tribunal Arbitral, conforme lo establece el artículo veintinueve de la Ley general de Arbitraje; sino que además, con los datos inexactos proporcionados indujo a error al Tribunal para obtener la resolución que obra a fojas veintiocho a treintiocho, por la cual se declaró infundada la recusación; Que los hechos denunciados constituyen delito Contra la Fe Pública - Falsedad Genérica - y delito Contra la Administración de Justicia - Fraude Procesal - ; ilícitos previstos y penados en los artículos cuatrocientos treintiocho y cuatrocientos dieciséis del Código Penal ; Que dado estos presupuestos resulta necesario ; efectuar la correspondiente investigación judicial a fin de esclarecer lo hechos incriminados en la "notitia criminis" y a fin establecer la responsabilidad o no del denunciado; identificado que ha sido este y no habiendo prescrito la acción penal; y ademas estando a lo establecido en el artículo setenta y siete del Código de Procedimientos Penales modificado por la Ley veinticuatro mil trescientos ochentiocho;

**ABRASE INSTRUCCIÓN en la vía SUMARIA contra FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY por el delito Contra la Fe Pública - Falsedad Genérica -, en agravio de la Compañía de Exploraciones Algamarca Sociedad Anónima y por delito Contra la Administración de Justicia - Fraude Procesal -, en agravio del**

KARINA GONZALEZ DE MONTEUIL MEZA  
JUEZ PENAL

JULIO M. QUISPE YGUA  
SECRETARÍA  
Sede: Lima  
Superior Tribunal de Justicia de Lima



Estado Peruano; y, Que para los efectos de dictarse el mandato coercitivo en el presente proceso es necesario tener en cuenta que el procesado al efectuar su defensa en la etapa preliminar ha contado con todas las garantías necesarias para hacer valer su derecho a la defensa ; aportando las pruebas necesarias a fin de no quedar en estado de indefensión; que así mismo de dicha investigación preliminar se prevé que este no eludirá la acción de la justicia ni mucho menos perturbará la actividad probatoria y que sea el caso la pena a imponerse no superaría los cuatro años de Pena Privativa de la Libertad ; considerando por lo que se encuentra inmerso en lo dispuesto en el artículo ciento cuarenta y tres del Código Procesal Penal; en consecuencia **DÍCTESE ; contra el procesado, orden de COMPARECENCIA RESTRINGIDA** ; debiendo observar las siguientes restricciones : a). No variar domicilio sin autorización del juzgado, b) No ausentarse de su lugar de residencia sin autorización del juzgado, c) Concurrir al local del juzgado las veces que sea requerido, d) consignar la prestación de una CAUCIÓN de QUINIENTOS NUEVOS SOLES - en caso de insolvencia ofrecer garantía patrimonial o fianza personal - y deberá de hacerse efectiva ante el Banco de la Nación, en el plazo de setentidós horas de notificado más el término de la distancia; bajo apercibimiento de revocársele la medida y disponiéndose la DETENCIÓN en caso de incumplimiento previo requerimiento; para tal efecto **RECÍBASE** la declaración instructiva del procesado el día cuatro de julio del año en curso a las diez de la mañana, notificándose, **RECÍBASE** la declaración preventiva del Procurador Público del Sector y del representante legal de la empresa agraviada el cinco de julio del año en curso a las nueve y once de la mañana respectivamente, notificándose; **RECÍBASE** la declaración testimonial de Mayte Remy Castagnola, Jorge Santisteban de Noriega y Victor Avila Cabrera el seis de julio a las nueve, diez y once de la mañana respectivamente, notificándose; **RECÍBASE** la declaración testimonial de Engrique Lastres Berninzon y de Fernando Cantuarias Alfaro el siete de julio del año en curso a las nueve y once de la mañana respectivamente, notificándose; y, Realícense las demás diligencias que sean necesarias para el mejor esclarecimiento de los hechos; Al Otrosí digo: **Conforme a lo solicitado TRÁBESE EMBARGO PREVENTIVO sobre los bienes del procesado debiendo para tal efecto señalar los bienes libres sin perjuicio de oficiar a las entidades correspondientes a fin que informen si tienen a su nombre cuenta bancaria, vehículo y/o inmuebles, conforme al artículo noventa y cuatro del Código de**

TERESA LIZBETH DE MONTEUIL MEZA  
JUEZ PENAL

JULIO M. GUISPE  
SECTOR JUDICIAL  
Sexto Juzgado Penal  
Corte Superior de Justicia de Lima

procedimientos Penales, formándose cuaderno respectivo, y, Dése cuenta de la apertura de la instrucción a la Sala Superior, con citación.-

KARINA LIZBETH DE MONTREUIL MEZA  
JUEZ PENAL

JULIO M. QUISPE YGUIA  
SECRETARIO JUDICIAL I

Corte Superior de Justicia de Lima

En la misma fecha de la resolución que antecede notifiquese al Fiscal Provincial quien enterado firmo, doy fé .-

JULIO M. QUISPE YGUIA  
SECRETARIO JUDICIAL I  
Sexto Juzgado Penal  
Corte Superior de Justicia de Lima



# ANEXO 17





1023-51/2005

01  
ano

SEÑOR JUEZ PENAL DE LIMA COMPETENTE

RENEE QUISPE SILVA, abogado de **Fernando Cantuarias Salaverry**, identificado con DNI 01326607, y señalando domicilio para estos efectos en la Casilla del Colegio de Abogados de Lima N° 4363, sito en el 4° piso del Palacio de Justicia de Lima, a usted atentamente digo.

## I. ACCIÓN Y PETITORIO

1. Interpongo a favor del Dr. **FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY**, acción de Hábeas Corpus contra el Dr. **SILVIO MÁXIMO CRESPO HOLGUÍN**, Fiscal de la 38ª Fiscalía Provincial Penal de Lima, a quien se le deberá notificar en la Av. Abancay cuadra 5 s/n del Edificio del Ministerio Público, distrito del Cercado de Lima.
2. La presente acción se debe a la flagrante y grave amenaza del derecho a la libertad personal, así como la violación del derecho a la tutela procesal efectiva -violación al derecho de defensa- y al debido proceso, como consecuencia de la arbitraria e irregular denuncia formalizada por el Dr. Crespo Holguín en contra de mi patrocinado FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY, mediante resolución de 10 de mayo de 2005, por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal en agravio de Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. y del Estado, respectivamente.
3. Ello sin que el accionado haya siquiera recibido la correspondiente declaración indagatoria del Dr. Fernando Cantuarias Salaverry, ni permitido efectuar sus descargos acompañado del abogado defensor de su elección, conforme lo establece el artículo 139° 14 de nuestra Constitución Política del Estado, haciendo además caso omiso a los descargos escritos presentados oportunamente y al pedido de actuación de las pruebas que demuestran la inexistencia de los delitos denunciados. Asimismo, la tramitación de la denuncia en cuestión ha presentado una serie de irregularidades que no sólo comprometen el



derecho constitucional de defensa del Dr. Fernando Cantuarias, sino que constituyen un indicador objetivo de la falta de imparcialidad con que se ha tramitado la correspondiente investigación preliminar.

4. Con ello, el Fiscal accionado ha ejercido la acción penal "a escondidas", sin realizar actividad probatoria, dando por cierta la versión de la parte denunciante (Cía. Exploraciones Algamarca S.A.), con un apuro inusitado, con gran animadversión. Y lo que es peor todavía, esta NO ES LA PRIMERA VEZ QUE PROCEDE DEL MISMO MODO ILÍCITO, dado que hace menos de una mes, el Fiscal accionado denunció de peor modo al Dr. Cantuarias por desobediencia a la autoridad, sin citarlo una sola vez, "a escondidas", sin realizar actividad probatoria y sin otorgarle derecho de defensa alguno. Y nuevamente a favor de la misma empresa Cía. Exploraciones Algamarca S.A., empresa de gran poder económico que frente al Fiscal accionado ha tenido el máximo éxito procesal: dos denuncias contra el Dr. Cantuarias tramitadas rápidamente, "a escondidas", sin derecho de defensa, sin actividad probatoria y asumiendo por cierta la versión del accionante.
5. Frente a estos graves hechos que violentan los más elementales derechos constitucionales de un imputado en sede prejudicial, solicito se sirva admitir a trámite la presente demanda de hábeas corpus a favor de mi defendido Fernando Cantuarias Salaverry y declararla fundada a la brevedad posible. De esa manera y reponiendo las cosas al estado anterior a la violación y amenaza de los derechos constitucionales del Dr. Cantuarias, solicito que la sentencia correspondiente:
  - 5.1 Declare la **INSUBSISTENCIA** de la referida denuncia de 10 de mayo de 2005 formalizada ante el Poder Judicial por el Fiscal demandado contra el Dr. Fernando Cantuarias Salaverry; y,
  - 5.2 en consecuencia, ordene que se notifique al Juez Penal de Lima que asuma la calificación de esta denuncia, para que disponga su **DEVOLUCIÓN** a la 38ª Fiscalía Provincial Penal de Lima.
  - 5.3 Asimismo, la sentencia correspondiente deberá ordenar que, por recibidos los autos, el Fiscal demandado los remita a la Fiscalía Decana correspondiente a fin de que ésta disponga que la denuncia sea calificada por otro Fiscal luego de una verdadera investigación preliminar, donde se respete el derecho de defensa y las garantías del debido proceso que amparan al Dr. Fernando Cantuarias Salaverry.



## II. COMPETENCIA Y VÍA PROCEDIMENTAL

6. Según el art. 28 de la Ley N° 28237, **Código Procesal Constitucional (en adelante CPC)**, la demanda de hábeas corpus se interpone ante cualquier Juez Penal, sin observar turnos.

## III. PROCEDENCIA

La presente demanda de hábeas corpus es procedente porque:

7. Conforme al art. 2 del CPC, la acción de hábeas corpus procede, como se fundamentará en el presente caso, “cuando se amenace o viole los **derechos constitucionales** por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona”. Más específicamente, el art. 25 del CPC establece que el hábeas corpus procede cuando se viola, como se aprecia en el caso del Dr. Cantuarias, el derecho constitucional a la **libertad individual o conexos**, especialmente, como también ocurre en este caso, “cuando se trata del **debido proceso**”.
8. En efecto, como señala el **Profesor Luis CASTILLO CÓRDOBA**, el derecho constitucional al **debido proceso** que ampara el art. 139 num. 3 de la Constitución y que protege directamente el hábeas corpus (art. 25 *in fine* del CPC), **implica la proscripción o rechazo de las actuaciones propias de un PROCEDIMIENTO IRREGULAR<sup>1</sup>** en el que no se han respetado, como sucede en el caso del Dr. Cantuarias Salaverry, las mínimas garantías procesales que ampara la Carta Magna y la legislación ordinaria.
9. Por ese motivo el art. 4 pf. 2 del CPC establece que “El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva”. Siendo que este derecho a la “**tutela procesal efectiva**”, “**comprende el acceso a la justicia y el debido proceso**” (pf. 1 del art. 4 del CPC). Dicho de otra forma, “Este derecho a la tutela procesal efectiva congrega en buena cuenta los conocidos derechos al debido proceso y a

<sup>1</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Lima, Ara 2004, p. 390.



la tutela jurisdiccional efectiva”<sup>2</sup>. En esa línea de ideas, el p. 3 del art. 4 del CPC desarrolla ese concepto de tutela procesal efectiva que comprende o incluye el derecho al **debido proceso**, señalando:

“Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimiento distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, (...) y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.”

10. Procede en consecuencia la presente acción de hábeas corpus porque se vienen violando los siguientes derechos del Dr. Fernando Cantuarias:

10.1 El derecho a la libertad individual.

10.2 El derecho al debido proceso, porque se han violado las siguientes garantías de la tutela procesal efectiva:

- El derecho de defensa.
- El derecho a probar.
- El derecho al contradictorio.
- El derecho a la igual sustancia en el proceso o igualdad de armas.
- El derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho.
- Y el derecho a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

11. Debe quedar claro que el Código Procesal Constitucional (CPC) establece de manera tajante que en las acciones de hábeas corpus **NO EXISTE NECESIDAD DE AGOTAR OTRAS VÍAS PROCEDIMENTALES ESPECÍFICAS O CUALQUIER VÍA PREVIA**. Así lo establecen los incisos 2 y 4 del art. 5 del CPC. Por ello, en el presente caso NO puede exigirse, como condición de procedencia del hábeas corpus, que el Juez Penal ordinario que conocerá de las denuncias fiscales formalizadas por el demandado contra el Dr. Cantuarias, califique previamente tales denuncias. Por el

<sup>2</sup> DONAYRE MONTESINOS, Christian. El hábeas corpus en el Código Procesal Constitucional. Lima, Jurista Editores 2005, p. 159.



Dr  
unes



contrario, el procedimiento de hábeas corpus puede interponerse de modo directo e inmediato por su naturaleza constitucional. Y es que, como señala **CASTILLO CÓRDOVA**:

“Significa esto que cuando se trate de iniciar un hábeas corpus el afectado no tendrá que preguntarse si en la vía judicial ordinaria existe un procedimiento igualmente satisfactorio que el hábeas corpus, sino que directamente podrá iniciar este”<sup>3</sup>. Por otro lado, “y con buen criterio, el legislador ha dispuesto que respecto del hábeas corpus no existe vía previa que el agredido deba recorrer y agotar antes de acudir a la vía constitucional. Y si en algún momento se creasen, el agraviado no estará en la obligación de agotar para poder acudir al proceso constitucional”<sup>4</sup>

12. Según el art. 26 del CPC la demanda puede ser interpuesta por la persona perjudicada o, como en este caso, por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener su representación. Tampoco es necesario el pago de tasas u otras formalidades.

#### IV. ANTECEDENTES

13. Los hechos que motivaron la reciente denuncia por delito de falsedad genérica y fraude procesal en contra del Dr. Fernando Cantuarias se encuentran referidos a su participación en calidad de árbitro, en el marco de un proceso arbitral seguido entre Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. y Minera Sulliden Shahuindo S.A.C., cuyo tribunal arbitral está conformado por los árbitros Jorge Santistevan de Noriega, Víctor Ávila Cabrera y el Dr. Fernando Cantuarias Salaverry.
14. Sucede que en este proceso arbitral Compañía Exploraciones Algamarca S.A. recusó al Dr. Fernando Cantuarias porque tendría un antiguo vínculo profesional/laboral con la Dr. Enrique Lastres Bernison (abogado de Minera Sulliden Shahuindo en el proceso arbitral), que comprometería su imparcialidad en el arbitraje. Concretamente se dijo:
  - (i) Que el padre de Fernando Cantuarias Salaverry se desempeñaba, conjuntamente con el Dr. Lastres (representante de Minera Sulliden Shahuindo, contraparte de Cía. de Exploraciones

<sup>3</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional, p. 179, comentando el art. 5 inc. 2 del CPC.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 205, comentando el art. 5 inc. 4 del CPC.



06  
jul

Algamarca en el proceso arbitral), como director de otra empresa llamada Cía. Minera Poderosa S.A.

- (ii) Que el Dr. Fernando Cantuarias había ejercido la representación legal de esa empresa Cía. Minera Poderosa S.A. en otro arbitraje instaurado entre dicha empresa y Minera Pataz EPS, en el año 1996.
- (iii) Que ello evidenciaba que existió una relación de dependencia entre el Dr. Lastres y el Dr. Cantuarias ya que el primero de ellos supervisó en 1996 su trabajo y podía decidir su permanencia como abogado externo de Cía. Minera Poderosa S.A.
- (iv) Que el Dr. Fernando Cantuarias Salaverry trabajaba en el estudio de abogados de su padre (Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados SCRL) que patrocina frecuentemente los intereses de esa tercer empresa Cía. Minera Poderosa S.A.
- (v) Que estos antecedentes habían determinado la conveniencia del Dr. Lastres de designar al Dr. Fernando Cantuarias como árbitro de Cía. de Exploraciones Algamarca, en su calidad de directivo del Instituto Nacional de Derecho de Minería Petróleo y Energía.

15. Frente a esta recusación el Dr. Cantuarias afirmó en su descargo:

- (i) Que el proceso arbitral en el que se desempeñó como abogado de Cía. Minera Poderosa S.A. se dio en el año 1996 entre empresas absolutamente ajenas al proceso arbitral instaurado entre Cía. de Exploraciones Algamarca S.A., Cía. Minera Algamarca S.A. y Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.
- (ii) Que no existió dependencia alguna de su parte frente al Dr. Lastres, porque Lastres no podía decidir su permanencia como abogado de Cía. Minera Poderosa S.A. Tal decisión le correspondía al Directorio en su conjunto o a la Gerencia General de dicha empresa, no al Dr. Lastres.
- (iii) Que en junio de 1996 fue designado mediante resolución suprema, publicada en el Diario Oficial El Peruano, como Gerente Legal de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), desempeñando dicha función hasta diciembre de 2000, y desempeñándose además como Gerente de



Planeamiento y Operaciones y Coordinador Nacional de la Formalización. Razona por las que él no podía materialmente desarrollar labores en el Estudio de su padre (Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados SCRL), no podía ser un abogado de planta.

16. Atendiendo estos descargos, el 25 de noviembre de 2004, mediante resolución N° 75, el Tribunal Arbitral conforme a sus competencias y facultades establecidas de manera expresa en el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, declaró INFUNDADA la recusación formulada por Cía. de Exploraciones Algamarca S.A. contra el Dr. Cantuarias.
17. Solo después que el Tribunal Arbitral rechazó la recusación, Cía. Exploraciones Algamarca S.A. introduce por primera vez, de manera irregular y extemporánea, la alegación de que el Dr. Cantuarias era socio del Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich, Abogados, como consta del pedido de nulidad sustancial de resolución de 2 de diciembre de 2004, efectuado por Algamarca.
18. Fue justamente ante esta nueva alegación que el Dr. Cantuarias, mediante escrito de descargo de 9 de diciembre de 2004, procedió a confirmar que efectivamente era socio del mencionado bufete de abogados, de propiedad casi absoluta de su señor padre, pero que, como efectivamente aclaró en su momento, dejó de laborar allí para asumir un cargo público en la Gerencia Legal de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) en junio de 1996.
19. Ante esta situación, el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 97 de 30 de diciembre de 2004, expresamente desestimó la nulidad planteada por Cía. de Exploraciones Algamarca S.A., ratificando que ninguno de los hechos nuevos aducidos por esta empresa podían dar lugar a recusación alguna.
20. Ante este fracaso en la vía arbitral, el 27 de enero de 2005 Cía. de Exploraciones Algamarca S.A., en base a los argumentos expresados por Fernando Cantuarias en su descargo contra la recusación antes referida y el pedido de nulidad, formuló denuncia penal en su contra por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal.

## V. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA




21. El presente hábeas corpus se plantea bajo dos modalidades, como hábeas corpus reparador y como hábeas corpus preventivo. Modalidades que han sido establecidas por el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente N° 2663-2003-HC/TC de 23 de marzo de 2004.

#### V.1 FUNDAMENTOS DEL HÁBEAS CORPUS REPARADOR: DERECHOS YA VIOLADOS POR EL DEMANDADO

22. Conforme a esta sentencia y a la doctrina procesal constitucional, el **HÁBEAS CORPUS REPARADOR** procede ante la violación de la libertad personal o cualquier otro derecho conexo, ante la acción u omisión de cualquier persona o autoridad. Como señala la Profesora y actual Magistrada de la Sala Penal Especial "C" de la Corte Superior de Lima, Dra. Susana CASTAÑEDA OTSU, en nuestra legislación el hábeas corpus reparador, "se encuentra contenido en el art. 200 inc. 1 (de la Constitución), con la siguiente fórmula 'procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera (...) la libertad o los derechos constitucionales conexos' "<sup>5</sup>.
23. En el presente caso, el hábeas corpus reparador se fundamenta en la necesidad de superar las graves VIOLACIONES, por acción y omisión, realizadas por el accionado, en el trámite de la correspondiente investigación preliminar, afectando gravemente el derecho de mi defendido a la tutela procesal efectiva, es decir al debido proceso que garantiza el derecho de defensa y el derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho.
24. Como fluye del expediente formado en mérito a la denuncia interpuesta en contra el señor Fernando Cantuarias Salaverry por la presunta comisión del delito de falsedad genérica y fraude procesal (Ingreso N° 364-05), en agravio de Cía. Exploraciones Algamarca S.A. y del Estado, no se han actuado las pruebas suficientes y necesarias para crear convicción en el Titular del Despacho de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial de Lima, sobre la concurrencia de elementos suficientes que justifiquen el ejercicio de la acción penal en su contra, de conformidad con lo dispuesto por el art. 94 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

<sup>5</sup> CASTAÑEDA OTSU, Susana (coordinadora). Derecho procesal constitucional. T. II. Lima, Jurista Editores 2004, p. 614.



- 29  
nue
- 
25. En efecto, mediante escrito de 9 de mayo de 2005, la defensa del señor Fernando Cantuarias presentó un pedido de actuación de pruebas a fin de esclarecer los hechos materia de denuncia y así poder certificar la licitud de su conducta en el trámite de sus descargos, sin embargo: **DICHO PEDIDO NO FUE PROVEÍDO<sup>6</sup>.**
26. No se cumplió con citar a Jorge Santistevan De Noriega, Víctor Avila Cabrera y Mayte Remy Castagnola (Secretaria en el proceso arbitral). Dichas declaraciones eran de vital importancia toda vez que los mencionados podrían haber aclarado los hechos que sustentan la imputación en contra de Cantuarias Salaverry por delito de falsedad genérica y fraude procesal, es decir: (i) si en el desarrollo del proceso arbitral pudieron advertir alguna conducta de su parte que denotara alguna parcialidad o interés particular en los asuntos que venía conociendo en el proceso arbitral; (ii) cuáles fueron los argumentos y elementos de juicio según los cuales se rechazó la recusación, a fin de dilucidar si efectivamente Cantuarias incurrió en falsedades.
27. No se ofició al Tribunal Arbitral a fin de requerirle copias certificadas de todos los escritos presentados en mérito a la recusación formulada en contra del señor Cantuarias y las resoluciones recaídas en dicho proceso, a fin de corroborar que no existió ninguna conducta irregular de su parte que conllevara su recusación.
28. No se ofició tampoco a la empresa Minera La Poderosa S.A. a fin de requerirle ponga a disposición de su despacho el Estatuto de la empresa y se pueda conocer si efectivamente un Director (en este caso, el señor Lastres Berninzon) cuenta con la facultad de decidir la contratación y permanencia de un abogado externo, tal como pretende afirmar la parte denunciante.
29. Estas graves irregularidades en el trámite de la investigación, en el sentido que se formalizó denuncia **sin actuar las pruebas suficientes y necesarias** para justificar el ejercicio de la acción penal en contra de mi defendido, vulnera el derecho constitucional a la tutela procesal efectiva puesto que la acción de Hábeas Corpus, no sólo tutela la libertad en todas sus formas, sino también "los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso", como señala expresamente los arts. 4 y 25 último párrafo del Código Procesal Constitucional.

<sup>6</sup> Anexo N° 19.



10  
Dma



30. La doctrina ha expresado sobre el particular que la vulneración al debido proceso y a la tutela procesal efectiva —mediante el cual se encuentran garantizados los derechos a probar, de defensa, al contradictorio y a la obtención de una resolución motivada en derecho, entre otros—, permite la interposición de la acción de hábeas corpus. De este modo se ha establecido que:

“Esta última parte del artículo 25 del CPC alude a los **derechos conexos a la libertad personal que por mandato constitucional son igualmente protegibles a través de la demanda constitucional de hábeas corpus**. Los derechos constitucionales mencionados especialmente, no lo únicos por lo tanto, son el debido proceso y la inviolabilidad del domicilio (...). Si con una resolución de esas características se ha amenazado o violado el derecho de libertad personal o algún derecho conexo, procederá entonces la demanda de hábeas corpus. No se puede negar que la libertad de una persona puede ser afectada con decisiones en los procesos judiciales que no cumplan con los requisitos fundamentales del debido proceso, y cuya definición legal ha sido prevista en el artículo 4 (CPC)”<sup>7</sup>.

31. Ciertamente, el derecho a un proceso regular desde el punto de vista de la tutela procesal efectiva —mediante el cual se encuentran garantizados los derechos a probar, de defensa, al contradictorio y a la obtención de una resolución motivada en derecho, entre otros—, se encuentra previsto como un supuesto que permite la interposición de la acción de Hábeas Corpus:

“No hay debido proceso, o lo que es lo mismo, existe un proceso irregular, cuando se han afectado cualquiera de los principios o derechos contenidos en el art. 139° CP. Así, por ejemplo, lo han manifestado primero en el caso Juan Tovar Mendoza contra la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Lima; y posteriormente en el caso Manuel Beltrán Rodríguez contra el Cuarto Juzgado Penal de Trujillo. En el primer caso el Tribunal Constitucional declaró improcedente el Hábeas Corpus debido a que la resolución cuestionada no procedía de un procedimiento irregular: “Que como se desprende de las instrumentales (...), la acción judicial que origina la presente acción, fue llevada con sujeción a los principios y derechos de la función jurisdiccional establecidos por el Artículo 139° de la Constitución de mil novecientos noventa y tres”. (...) En el segundo caso mencionado, el Tribunal Constitucional declaró que **“la acción de hábeas corpus no es instrumento ordinario de**

<sup>7</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional, pp. 390-391.



revisión de las resoluciones judiciales, y sólo es procedente su ejercicio contra resoluciones judiciales si se comprueba que han emanado de un procedimiento irregular al haber existido afectación al debido proceso en cualquiera de las variantes previstas en el artículo 139° de la Constitución". De estas declaraciones del Tribunal Constitucional se puede concluir que de los criterios que utiliza el Alto Tribunal para determinar la irregularidad de un proceso son por un lado, la afectación de alguno de los principios y derechos en la administración de justicia contenidos en el artículo 139° CP; y por otro lado que tal afectación se haya producido de manera manifiesta, sin que quepa duda sobre ella (...)."8

32. En este orden de ideas, el art. 4 del CPC permite, para este caso en concreto, proteger los derechos constitucionales del Dr. Fernando Cantuarias Salaverry ante la tramitación irregular de la denuncia en su contra y la consecuente formalización la misma ante el Poder Judicial. Como se ha podido demostrar se han conculcado los derechos protegidos por la tutela procesal efectiva en el sentido dispuesto por el art. 4 del CPC.
33. Asimismo, el Dr. Fernando Cantuarias tiene derecho a la obtención de una resolución fundada en Derecho, el que ha sido violado en este caso. Como ya se tuvo oportunidad de enunciar, el Fiscal Silvio Máximo Crespo Holguin ha emitido una arbitraria denuncia sin efectuar el proceso de subsunción típica. No establece porqué los hechos que describe son típicos conforme a los arts. 438 y 416 del CP, sólo describe hechos, no hay argumentación jurídica, lo que viola además el principio de legalidad previsto en el art. 2 num. 14 lit. D de la Constitución.
34. Ahora bien, la fundamentación de las resoluciones es un derecho recogido en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución. Así, el Tribunal Constitucional ha establecido que "el derecho al debido proceso incluye dentro de su contenido el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, en cualquier clase de procesos". Este derecho "garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio

<sup>8</sup> Ibidem, pp. 140-141.



del derecho de defensa de los justiciables"(...) por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada (...)”<sup>9</sup>.

35. Se ha afectado igualmente el derecho constitucional de mi defendido de ser citado por la autoridad correspondiente y efectuar su descargos asistido con pleno respeto al **derecho de defensa**, conforme lo ordena el art. 139 num. 14 de la Constitución Política del Estado. La sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de abril de 2002, en el expediente N° 1268-2001-HC/TC, ha establecido que el DERECHO DE DEFENSA DEBE RESPETARSE DESDE LA ETAPA PREJUDICIAL, es decir desde la investigación policial y en sede del Ministerio Público. En efecto, la sentencia establece:

“3. De conformidad con el artículo 8.º, inciso 2), literal "c", de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, "[...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa". Este derecho constitucional, por su naturaleza, compone el derecho al debido proceso garantizado en el artículo 139.º, inciso 3) de la Constitución Peruana e implica el derecho a un tiempo "razonable" para que la persona inculpada pueda preparar u organizar una defensa o, eventualmente, recurrir a los servicios de un letrado para articularla o prepararla de manera plena y eficaz. El enunciado "Durante el proceso" mencionado en el citado artículo 8.º debe entenderse que se proyecta, en el caso de procesos penales, también al ámbito de su etapa prejurisdiccional, es decir, aquél cuya dirección compete al Ministerio Público (art. 159.º, inciso 4), Constitución. En consecuencia, ante la formulación de una denuncia, debe mediar un tiempo razonable entre la notificación de la citación y la concurrencia de la persona citada, tiempo que permita preparar adecuadamente la defensa ante las imputaciones o cargos en contra, considerándose, además, el término de la distancia cuando las circunstancias así lo exijan”<sup>10</sup>.

36. Este principio vinculante para todos los poderes público ha sido reconocido por el Poder Judicial. En efecto, la sentencia del 33º Juzgado Penal de Lima, en el Hábeas Corpus 706-04-HC, declaró fundada la acción el 11 de octubre de 2004 considerando que:

“(...) ante la formulación de una denuncia, debe mediar un tiempo razonable entre la notificación de la citación y la concurrencia

<sup>9</sup> Ibidem, p. 156.

<sup>10</sup> Anexo 11.

de la persona citada, tiempo que permite preparar adecuadamente la defensa ante las imputaciones o cargos en contra. Quinto: que, siendo esto así, se habría vulnerado el derecho constitucional de defensa (...) al producirse una formalización de denuncia, a escondidas, sin que se haya cumplido con realizar una exhaustiva investigación preliminar, sin citar jamás al señor (...) y sin permitírsele el ejercicio de la defensa con la asistencia de su abogado defensor (...)”<sup>11</sup>.



37. Esta sentencia fue confirmada el 13 de diciembre de 2004 por la Primera Sala Superior Penal con Reos en Cárcel de Lima, en el expediente N° 315-2004. Según la Sala:

“(…) Frente a esta hermenéutica garantista, cabe invocar referencialmente los artículos trescientos veintiséis y trescientos veintinueve inciso primero del Nuevo Código Procesal Penal que prescribe que el señor Fiscal iniciará la investigación cuando tome conocimiento de la sospecha de la comisión de un ilícito, conocimiento que puede ser proporcionado por cualquier persona a través de una denuncia de parte, asimismo, en sus artículos setenta y uno inciso primero y segundo – A, bajo un nuevo modelo acusatorio adversativo, obliga desde la etapa preliminar que el sindicado conozca de los cargos formulados en su contra a fin de que pueda hacer valer su derecho a la defensa. (...) Es pues, la adquisición de la singular condición de imputado la que convierte a este último en sujeto pasivo del proceso como titular del derecho de defensa que puede, desde ese instante, ejercitar de forma plena (...)”<sup>12</sup>.

38. De esta forma, está consolidado el principio constitucional de respeto al derecho de defensa de los investigados a nivel de Ministerio Público, derecho que ha sido violado flagrantemente en el caso que nos ocupa. Fernando Cantuarias NO ha contado con oportunidad alguna para poder ejercer su derecho a la defensa ante las acusaciones realizadas en su contra. Por el contrario, el Fiscal lo ha denunciado sobre la base de la simple versión del denunciante y parece querer castigarlo por la simple especulación de que no habría concurrido a inválidas citaciones de su Despacho. El Fiscal accionado formalizó denuncia contra Cantuarias por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal, SIN QUE SE HAYA RECIBIDO SU CORRESPONDIENTE DECLARACIÓN INDAGATORIA, ni se haya permitido realizar sus descargos con relación a los maliciosos términos de la imputación formulada en su contra.

<sup>11</sup> Anexo 9.

<sup>12</sup> Anexo 10.





39. Como su Despacho podrá constatar revisando los anexos 8, 10, 11 y 13 del presente escrito y la explicación señalada en el Primer Otroso Digo del presente, la única notificación válida citaba a Cantuarias para el 5 de mayo, ante lo cual la defensa pidió una nueva fecha y hora, obteniéndose por toda respuesta la denuncia fiscal por parte del demandado<sup>13</sup>. En efecto, no obstante que la defensa del señor Fernando Cantuarias justificó su inasistencia personalmente ante el Despacho del Fiscal accionado, y éste se comprometió a reprogramar una nueva fecha para la realización de dicha declaración, inexplicablemente, procedió a formalizar la denuncia respectiva en contra de mi defendido, vulnerando su derecho de defensa.
40. Es difícil creer que el Fiscal accionado no tenga conocimiento que el derecho de defensa está relacionado con la existencia de una imputación y no con el grado de formalización de tal imputación<sup>14</sup> (art. 139º Const). Por tanto, es obvio que el derecho de defensa, que se deriva del principio de contradicción íntimamente ligado a la idea de proceso<sup>15</sup>, debe ser ejercido desde el primer acto de procedimiento en sentido lato, es decir, desde el mismo momento que la imputación existe, por vaga e informal que ésta sea. Esto incluye etapas "preprocesales"; vedar durante estas etapas el ejercicio del derecho de defensa es claramente inconstitucional. En efecto, supone una violación del derecho contenido en el artículo 139 num. 14 de la Constitución Política y del art. 4 del Código Procesal Constitucional.
41. Con todo la formalización de la denuncia contra de Fernando Cantuarias VIOLA EL CONTENIDO MÍNIMO DE LOS PRINCIPIOS DE LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA Y DEL DEBIDO PROCESO: EL DERECHO A PROBAR, EL DERECHO DE DEFENSA, EL DERECHO A CONTRADECIR, LA IGUALDAD DE ARMAS, EL DERECHO A OBTENER RESOLUCIONES MOTIVAS, EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

<sup>13</sup> Ver Anexos 14 y 20.

<sup>14</sup> BINDER, Alberto. Introducción al Derecho procesal penal. Buenos Aires, Ad Hoc 2002, p. 156.

<sup>15</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. Constitución y proceso. Madrid, Tecnos 1988, p. 88. *En el mismo sentido* MOROY GALVEZ, Juan. Introducción al proceso civil. Santa Fe de Bogota, Temis 1996, p. 82.





42. Los efectos ilegales de la denuncia fiscal deben de cesar, no se debe permitir que la fraudulenta denuncia fiscal de lugar a una calificación judicial cuando expresa en si misma la violación de los derechos constitucionales de Fernando Cantuarias.

## V.2 FUNDAMENTOS DEL HÁBEAS CORPUS PREVENTIVO: DE LA GRAVE AMENAZA A LA LIBERTAD PERSONAL

42. Asimismo, la presente acción también se interpone como **HÁBEAS CORPUS PREVENTIVO**, forma aceptada por la citada STC de 23 de marzo de 2004 dictada en el expediente N° 2663-2003-HC/TC. A juicio de la Profa. Susana Castañeda Otsu, el hábeas corpus preventivo está contenido en la fórmula "procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que (...) amenaza la libertad personal o los derechos constitucionales conexos"<sup>16</sup>.
43. En el presente caso la amenaza a la libertad personal de Fernando Cantuarias tiene que ver con la posibilidad inminente de que se inicie un proceso penal en su contra en base a una denuncia fraudulenta y violatoria de la Constitución y la legalidad. De consumarse el inicio del proceso penal, Cantuarias quedará sometido a un proceso que en sí mismo afecta su libertad: se pueden dictar medidas cautelares en su contra que afecten su libertad (detención, impedimento de salida del país, obligación de firmar cada fin de mes) o su patrimonio (caución, embargos). Y todo ello sería legítima sino fuera porque la denuncia fiscal viola derechos fundamentales.
44. Por ello, la amenaza descrita es tan real como la violación consumada de sus derechos constitucionales y se debe valorar conforme al principio constitucional de inocencia, a la interpretación extensiva de la defensa de la libertad y a la interpretación restrictiva de la limitación de la misma<sup>17</sup>, según se desprende del art. 1 de la Constitución Política del Estado, que establece: "(...) *La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*(...)".

<sup>16</sup> CASTAÑEDA OTSU, Susana (coordinadora). Derecho procesal constitucional. T. II, cit., p. 614.

<sup>17</sup> LANDA ARROYO, César. Teoría del Derecho procesal constitucional. Lima, Palestra 2003, p. 115.

16  
Decidi!



**POR TANTO:**

A usted señor Juez pido: se sirva admitir a trámite la presente acción de hábeas corpus y, al declararla FUNDADA a la brevedad, declare la INSUBSISTENCIA de la denuncia formalizada por el demandado el 10 de mayo de 2005, disponiendo su DEVOLUCIÓN al Ministerio Público que se realice una verdadera investigación preliminar.

**PRIMER OTROSÍ DIGO:** adjunto los siguientes documentos en calidad de medios probatorios:

1. Copia simple de mi DNI (**ANEXO N° 1**).
2. Copia simple del DNI del Dr. Fernando Cantuarias Salaverri (**ANEXO N° 2**).
3. Copia simple del escrito de descargo presentado por el Dr. Fernando Cantuarias el 9 de noviembre de 2004 ante la recusación formulada por Cía. de Exploraciones Algamarc S.A. (**ANEXO N° 3**).
4. Copia simple de la Resolución N° 75 de 25 de noviembre de 2004 a través de la cual el Tribunal Arbitral rechazó la recusación interpuesta (**ANEXO N° 4**).
5. Copia simple del escrito de descargo presentado por el Dr. Fernando Cantuarias el 9 de diciembre de 2004 contra el pedido de nulidad sustancial formulada por Cía. de Exploraciones Algamarc S.A. (**ANEXO N° 5**).
6. Copia simple de la Resolución N° 97 de 30 de diciembre de 2004 a través de la cual el Tribunal Arbitral declaró improcedente el pedido de nulidad sustancial antes citado (**ANEXO N° 6**).
7. Copia simple del escrito de nombramiento de abogados del Dr. Fernando Cantuarias Salaverri presentado a la 38ª Fiscalía Provincial Penal de Lima el 31 de marzo de 2005, señalando como domicilio procesal la Casilla N° 4363 del CAL (**ANEXO N° 7**).
8. Copia simple de la **INVÁLIDA 1ª CITACIÓN** para que el Dr. Cantuarias ofrezca su declaración indagatoria ante la 38ª Fiscalía Provincial Penal de Lima el **1 de abril de 2005 a las 9 am**. Notificación inválida porque se envió a una dirección que no corresponde a su domicilio real ni a su domicilio procesal y fuera del plazo legal de 72 horas de antelación, se recepcionó el 29 de marzo a las 11:09 am (**ANEXO N° 8**).
9. Copia simple de nuestro escrito de 1 de abril de 2005 pidiendo que la 38ª Fiscalía Provincial Penal de Lima suspenda la investigación contra el Dr. Cantuarias hasta que se resuelva una consulta que estaba en trámite ante la Fiscalía de la Nación (**ANEXO N° 9**).



10. Copia simple de la **INVÁLIDA 2ª CITACIÓN** para que el Dr. Cantuarias ofrezca su declaración indagatoria ante la 38ª Fiscalía Provincial Penal de Lima el **6 de abril de 2005 a las 9 am.** Notificación inválida porque llegó al día siguiente de la citación, el 7 de abril a las 10:06 am fuera del plazo legal (**ANEXO N° 10**).
11. Copia simple de la **INVÁLIDA 3ª CITACIÓN** para que el Dr. Cantuarias ofrezca su declaración indagatoria ante la 38ª Fiscalía Provincial Penal de Lima el **20 de abril de 2005 a las 9 am.** Notificación inválida porque se envió a una dirección que no corresponde a su domicilio real ni a su domicilio procesal (**ANEXO N° 11**).
12. Copia simple del escrito de 20 de abril de 2005 presentado por la defensa del Dr. Cantuarias solicitando nueva fecha para su declaración indagatoria, toda vez que la notificación que nos comunicó la programación de la diligencia no había cumplido con los plazos legales establecidos (**ANEXO N° 12**).
13. Copia simple de la **1ª y ÚNICA CITACIÓN VÁLIDA** para que el Dr. Cantuarias ofrezca su declaración indagatoria ante la 38ª Fiscalía Provincial Penal de Lima el **5 de mayo de 2005 a las 9 am (ANEXO N° 13)**. Citación a la que no pudo concurrir el Dr. Cantuarias conforme a la excusa presentada ese mismo día.
14. Copia simple del escrito de 5 de mayo de 2005 presentado por la defensa del Dr. Cantuarias solicitando nueva fecha para su declaración indagatoria (**ANEXO N° 14**).
15. Copia simple del escrito de 20 de abril de 2005 presentado por la defensa del Dr. Cantuarias, solicitando se programe informe oral a fin de sustentar los motivos por los que la denuncia debía archivarse (**ANEXO N° 15**).
16. Copia simple de la notificación de la 38ª Fiscalía Provincial Penal de Lima, citando a la defensa del Dr. Cantuarias a Informe Oral para el 4 de mayo de 2005 a las 9 am, es decir antes de que termine a investigación preliminar, sin que se haya agotado la actividad probatoria (**ANEXO N° 16**).
17. Copia simple de Copia simple del escrito de 4 de mayo de 2005 presentado por la defensa del Dr. Cantuarias, solicitando se programe nueva fecha para informe oral porque la investigación preliminar **NO HABÍA CONCLUÍDO (ANEXO N° 17)**. Este pedido nunca fue resuelto por el Fiscal demandado, habiéndose obtenido como única respuesta la denuncia contra el Dr. Cantuarias ante el Poder Judicial.
18. Copia simple del escrito de 6 de mayo de 2005, presentado por nuestra parte con los argumentos por los que la denuncia de Compañía Exploraciones Algamarca S.A. debía ser rechazada. Argumentos que ni

siquiera fueron evaluados, positiva o negativamente, demandado (**ANEXO N° 18**).



19. Copia simple del escrito de 9 de mayo de 2005, presentado por nuestra parte a la 38ª Fiscalía Provincial Penal de Lima, solicitando se actúen distintas pruebas indispensables para el esclarecimiento de los hechos imputados al Dr. Cantuarias como delitos de falsedad genérica y fraude procesal. El Fiscal demandado tampoco tomó en cuenta este pedido de pruebas, simplemente denunció al día siguiente al Dr. Cantuarias (**ANEXO N° 19**).
20. Transcripción de la fraudulenta Denuncia Fiscal N° 364-05, de 10 de mayo de 2005, del Fiscal accionado contra el Dr. Fernando Cantuarias Salaverry por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal, en agravio de Compañía Exploraciones Algamarca S.A. y del Estado, respectivamente (**ANEXO N° 20**).
21. Transcripción de la fraudulenta Denuncia Fiscal N° 476-05, de 11 de abril de 2005, interpuesta por el Fiscal demandad contra Fernando Cantuarias Salaverry y otros por el delito de desobediencia a la autoridad. Denuncia formulada sin investigación preliminar alguna, "a escondidas", de modo ilícito, pendiente de calificación a la fecha en el 11º Juzgado Penal de Lima (**ANEXO N° 21**).

**SEGUNDO OTROSÍ DIGO:** Previa a la resolución que ponga fin a la instancia, solicito se me conceda el uso de la palabra por el término de 30 minutos a fin de exponer los argumentos de la presente acción de hábeas corpus. Fundamento mi pedido en los arts. 131, 132 y 155 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Lima, 13 de mayo de 2005

RENEE H. QUISPE SILVA  
ABOGADO  
CAL. N° 33148

# ANEXO 18







MINISTERIO PÚBLICO  
PROCURADURÍA PÚBLICA



Exp. : 183-05 H.C.  
Esp. : MEDINA  
Sumilla : APERSONAMIENTO,  
ABSUELVE DEMANDA Y  
DELEGA REPRESENTACION

**SEÑOR JUEZ DEL TRIGÉSIMO NOVENO JUZGADO PENAL DE LIMA**

**ROLANDO ALFONZO MARTEL CHANG**, Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio Público, con Documento Nacional de Identidad N° 07568931, designado por Resolución Suprema N° 037-2003-JUS de fecha 02 de abril del 2003, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" con fecha 03 de abril del mismo año, **señalando domicilio real y procesal en la Av. Abancay N° 491 Octavo Piso Cercado de Lima**; en el proceso de Hábeas Corpus seguido por Renne Quispe Silva a favor de FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY contra el Dr. Silvio Crespo Holguín, Fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima; a Usted respetuosamente digo:

Me apersono a la instancia de conformidad con el artículo 7° de la Ley N° 28237 en favor del Sr. Fiscal accionado y **CONTESTO** la demanda contradiciéndola en todos sus extremos, según los fundamentos de hecho y derecho que a continuación expongo:

**FUNDAMENTOS DE HECHO.-**

1.- El hecho que motiva la presente acción de hábeas corpus es la formalización de denuncia penal contra el accionante por la presunta comisión de los delitos de falsedad genérica en agravio de la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. y fraude procesal en agravio del Estado, en la investigación signada con el Ingreso N° 364-05 a cargo del Fiscal accionado de la 38° Fiscalía Provincial Penal de Lima.



2.- Se argumenta que el Fiscal accionado ha ejercido la acción penal a escondidas, sin realizar actividad probatoria, dando por cierta la versión de la parte denunciante, Cia. Exploraciones Algamarca S.A. y sin otorgarle al Dr. Fernando Cantuarias Salaverry (accionante) derecho de defensa alguno, hechos que amenazan el derecho a la libertad individual del actor y violan su derecho a la tutela procesal efectiva - derecho de defensa - y al debido proceso.

**3.- La investigación fiscal no se realizó "a escondidas".-**

3.1.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 94º numeral 2) de la Ley Orgánica del Ministerio Público, ante una denuncia penal, el Fiscal puede optar entre abrir investigación a nivel fiscal o formalizar la correspondiente denuncia penal en su calidad de titular de la acción penal y persecutor del delito.

3.2.- En el caso de autos, el Fiscal accionado procedió a abrir investigación fiscal, citando al accionante, Fernando Cantuarias Salaverry, en cuatro oportunidades para que rinda su declaración indagatoria, lo que se acredita de las múltiples citaciones que corren como anexos 8, 10, 11 y 13 de la demanda. Sin embargo, el accionante no concurrió a ninguna de las citaciones efectuadas por el Fiscal.

3.3.- Cuando el actor argumenta en los puntos 38, 39, 40 y 41 que el accionante no ha contado con oportunidad alguna para ejercer su derecho de defensa ante las acusaciones realizadas en su contra; además de calificar de "inválidas" las citaciones cursadas por el Fiscal, señalando que la única válida fue aquella en la que se citaba para su declaración indagatoria para el 05 de mayo del 2005; ello carece de fundamento fáctico y jurídico.

3.4.- En efecto, el accionante no argumenta y menos prueba las razones por las cuales son inválidas las notificaciones que el mismo ha acompañado a la demanda, lo que más bien pone en evidencia la fragilidad y subjetividad de tales afirmaciones.

Así pues, si el demandante reconoce como válida la notificación que lo cita para su declaración indagatoria para el 05/05/05 efectuada en la Casilla N° 4363 del Colegio de Abogados del Lima, también es válida aquella notificación que lo cita

para la misma diligencia para el 06/04/05 porque se realiza en la misma causa N° 4363 del CAL.

Respecto a la notificación que lo cita para el 01/04/05 también es válida porque en la misma fecha presenta un escrito (anexo 09 de la demanda) en cuyo otro sí digo afirma haber tomado conocimiento de dicha notificación, solicitando suspender dicha diligencia.

Igual ocurre, con la notificación que lo cita para el 20/04/05, pues en un escrito de la misma fecha (anexo 12 de la demanda) señala haber tomado conocimiento para dicha diligencia y solicita su reprogramación. Léase el punto 2 de dicho escrito.

3.5.- En concreto, está probado que la investigación nunca ha sido llevada a cabo "a escondidas" del demandante, habiendo tenido pleno conocimiento de la investigación a nivel fiscal.

**4.- La investigación fiscal no se realizó sin actividad probatoria.-**

4.1.- El actor afirma que su escrito de fecha 09 de mayo del 2,005, no ha sido proveído. Señala también que no han sido actuados los medios probatorios que solicitó en el citado escrito del 09/05/05, argumentando por ello que la investigación fiscal fue realizada sin actividad probatoria.

4.2.- Al respecto, decimos que el Fiscal en su calidad de titular de la acción penal no está obligado a la actuación de la totalidad de los medios probatorios que son ofrecidos por las partes, pues para la formalización de denuncia penal basta que existan elementos suficientes que denoten la existencia y comisión de un ilícito penal, conforme ha ocurrido en el caso de autos al formalizarse la denuncia penal contra el accionante. En todo caso, es en instancia penal donde el accionante debe demostrar su inocencia en los hechos que se le imputan y no pretender que se han vulnerado sus derechos a partir de la formalización de denuncia penal en su contra por el Fiscal accionado.

4.3.- Lo anterior, demuestra la impertinencia de la alegación formulada por el actor, tanto más si las pruebas solicitadas en el punto 1 y 2 del escrito del 09/05/05





fueron solicitadas por el Fiscal, no habiendo concurrido los citados al despacho del Fiscal, según la información proporcionada por el Fiscal accionado y que su despacho deberá verificar teniendo a la vista la Denuncia N° 364-05; así también el proveído del citado escrito del 09/05/05.

4.4.- Lo dicho en este punto, demuestra que no ha existido la denominada investigación "sin actividad probatoria", tanto más si el actor demuestra que ha presentado sus descargos en relación al delito imputado, conforme se demuestra con el escrito del 06/05/05, los que no han enervado los fundamentos de la formalización de denuncia penal del 10/05/05.

**5.- En la investigación fiscal no se ha vulnerado el derecho de defensa del accionante.-**

5.1.- Conforme a lo dicho, el Fiscal accionado durante su investigación ha evidenciado que en todo momento ha garantizado el derecho de defensa de la parte denunciada, hoy accionante.

5.2.- Esta afirmación queda probada con las múltiples notificaciones para que el accionante rinda su declaración indagatoria, la cual nunca se efectuó debido a su inasistencia; por el contrario presentó un escrito de fecha 06/05/05, no solicitando nueva fecha para dicha declaración, lo cual se acredita de las instrumentales acompañadas por el accionante.

5.3.- Tampoco se le privó del derecho a ser escuchado por el Fiscal, no sólo por las reiteradas citaciones para su indagatoria sino, como consta de la notificación cursada al accionante, se programó también un informe oral a su petición, para el 04/05/05, a la cual tampoco concurrió, lo que podrá verificarse teniendo a la vista la Denuncia N° 364-05.

Como pretexto para su incomparecencia y para solicitar nueva fecha (léase anexo 17) para dicho informe el accionante ha alegado que la actividad probatoria aún no había concluido, sin embargo, este argumento tampoco tiene asidero legal, lo que hace impertinente esta argumentación.



6.- Finalmente, los argumentos expuestos por el accionante para sustentar el hábeas corpus reparador interpuesto, no se encuadran en los supuestos de este tipo de acción.

Así, tenemos que de acuerdo a la Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 2663-2.003-HC/TC, **"Dicha modalidad se utiliza cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial; de un mandato judicial en sentido lato – juez penal, civil, militar- de una decisión de un particular sobre el internamiento de un tercero en un centro psiquiátrico sin el previo proceso formal de interdicción civil; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúe en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad; etc.**

**En puridad, el hábeas corpus reparador representa la modalidad clásica o inicial destinada a promover la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida"**

La cita anterior demuestra nuestra afirmación, razón por la cual en este extremo es inviable el hábeas corpus reoparador interpuesto.

7.- El relación al hábeas corpus preventivo demandado, de acuerdo a la sentencia del Tribunal Constitucional antes citada se requiere que **"la amenaza sea conocida como segura e indubitable, que se manifieste con actos o palabras que no dejen duda alguna de su ejecución y propósito é inminente y posible, esto es, que no deje duda sobre su ejecución en un plazo inmediato y previsible"**.

8.- En este sentido, la amenaza al derecho constitucional debe ser cierta e inminente y no meramente subjetiva, conjetural o presunta, como ocurre en el presente caso, pues aún no existe pronunciamiento del Juez del proceso penal, quien incluso puede archivar la denuncia.



9.- Por todo lo expuesto queda demostrado y probado que la investigación contra el accionante a cargo del Fiscal accionado no ha vulnerado y menos amenazado sus derechos constitucionales, pues el ella no se ha producido ninguna irregularidad, por el contrario, conforme los argumentos expuestos e instrumentales que corren en la demanda se aprecia que el Fiscal accionado brindò tanto al denunciante como al denunciado, hoy accionante, las garantías para un debido proceso, lo que enerva las alegaciones del accionante; razón por la cual la pretensión del demandante contenida en en punto 5 de la demanda es infundada.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.-**

Amparo lo expuesto en lo siguientes dispositivos legales:

#### **Constitución Política del Estado.-**

**Artículo 200.-** Son garantías constitucionales:

1.- La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

#### **Ley Orgánica del Ministerio Público.-**

**Artículo 1°.-** El Ministerio Público es un organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales entre otros la persecución del delito.

**Artículo 11°.-** El Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio o a instancia de la parte agraviada o por acción popular.

**Artículo 94°.-** Establece la obligación del Fiscal para formalizar denuncia penal o archivar la denuncia cuando no existan pruebas suficientes para denunciar, lo que no ocurre en el caso del Fiscal accionado.

#### **Código Procesal Constitucional**

**Artículo 7°.- Representación procesal del Estado.-**

La defensa del Estado o de cualquier funcionario o servidor público está a cargo del Procurador Público o del representante legal respectivo, quien deberá ser emplazado con la demanda. Además, debe notificarse con ella a la propia entidad



estatal o funcionario o servidor demandado, quienes pueden intervenir en el proceso.



**POR TANTO:**

A Usted, Señor Juez, pido tener por absuelto el Hábeas Corpus interpuesto y, en su oportunidad declararlo improcedente y/o infundado.

**SEGUNDO OTROSÍ DIGO.-** Al amparo del artículo 18° del Decreto Ley N° 17537, delego representación a favor de los abogados de esta Procuraduría Pública, César Benavides Díaz, Mariela Delgado Torres, Patricia Chávez Soto, Jessica Chuquilín Franco y Verónica Díaz Mauricio, quienes atenderán la defensa del Estado en la presente acción, con las facultades generales y especiales de representación prevista en el artículo 74° del Código Procesal Civil, declarando estar instruido de las facultades que otorgo.

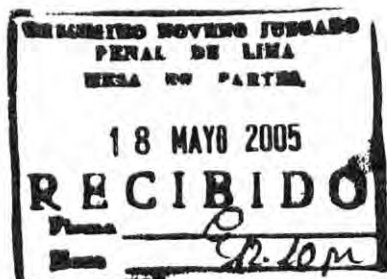
Lima, 18 de mayo del 2,005



*[Signature]*  
Dr. Rolando A. Martel Chang  
PROCURADOR PÚBLICO  
MINISTERIO PÚBLICO  
Reg. CAL 13311

# ANEXO 19





Exp. N° 183-08

SECRCTARIO: Medina Bayetto.  
39° JUZGADO PENAL  
ACCION DE HABEAS CORPUS.  
SUMILLA: Formula Descargo.



SEÑOR JUEZ DEL TRIGESIMO NOVENO JUZGADO  
ESPECIALIZADO EN LO PENAL DE LIMA.

**SILVIO MAXIMO CRESPO HOLGUIN**,  
Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía  
Provincial en lo Penal de Lima, en la  
Acción de Hábeas Corpus promovida por el  
Doctor Renee Quispe Silva, Abogado de la  
persona del Doctor Fernando Cantuarias  
Salaverry, a usted digo:

Que, luego de haber prestado declaración  
ante su despacho, con relación al Recurso de Hábeas Corpus, presentado  
por la Defensa de la persona del Doctor Fernando Cantuarias Salaverry,  
me permito efectuar algunas precisiones que coadyuvarán a una mejor  
apreciación de la labor desplegada por mi Despacho, en torno a las  
denuncias que se formularan contra el citado Doctor Cantuarias  
Salaverry, conforme paso a detallar:

**PRIMERO:** Como podrá advertir de los recaudos que en copia me he  
permitido acompañar a mi declaración, se encuentran no una, sino varios  
cargos de notificaciones cursadas al Doctor Cantuarias Salaverry,  
inicialmente a la dirección sito en la Av. Pardo N° 1540 – Miraflores,  
lugar donde tiene su sede el Tribunal Arbitral conformado conjuntamente  
con los Doctores Jorge Santistevan de Noriega y Víctor Avila Cabrera;  
dirección que se desprendía de la documentación que se aparejaron a las  
denuncias; así como, se notificó al domicilio procesal, que posteriormente  
fuera proporcionado por el propio Doctor Cantuarias Salaverry, mediante  
escrito por el cual designaba Abogados a los Doctores Renee Quispe Silva  
y Dino Carlos Caro Coria, y establecía como domicilio la Casilla 4363  
del Colegio de Abogados de Lima, sito en el 4to piso del Palacio de  
Justicia.

**SEGUNDO:** Que, la primera dirección debe tenerse en cuenta que se  
notificó, no únicamente por que se desprendía de la documentación que se  
aparejaron a las denuncias, o que fuera proporcionada por la denunciante,  
sino por que además, los hechos se ceñían estrictamente a una conducta,

Silvio Máximo Crespo Holguín  
Fiscal Provincial Titular  
38° FISC. PROV. PENAL-LIMA



no como el Abogado Fernando Cantuarias Salaverry, sino en su condición de miembro del Tribunal Arbitral que conocían de una controversia entre dos empresas mineras, una de las cuales resulta ser la denunciante.



**TERCERO:** Que, con los sendos escritos presentados por el Doctor Fernando Cantuarias Salaverry, a través de sus Abogados, se entiende a la perfección que todas y cada una de las notificaciones que le fueron cursadas fue de su conocimiento; sin embargo, aduciendo una serie de pretextos no concurrió a ninguna de las fechas programadas y reprogramadas; sin embargo, a manera responder a los cargos formulados por la denunciante, con fecha 06 de mayo del año en curso, presentó un extenso descargo, tratando con ello de refutar las incriminaciones que pesaban en su contra; posición que igualmente fue tomada en cuenta, luego de un concienzudo estudio, y en compulsa con los demás instrumentos que obraban en autos.

**CUARTO:** Que, la Defensa del Doctor Cantuarias Salaverry, pretende con una Ejecutoria de Hábeas Corpus, obtener de su Despacho una sentencia favorable, cuando en realidad dicha ejecutoria resulta completamente distinta al presente caso; pues, con dicha copia de ejecutoria que igualmente presentara en el transcurso de las investigaciones, mediante escrito se presenta un caso claro de una denuncia sin investigación, lo que no se ha dado en el caso que ocupa, toda vez que se le ha notificado para responder conforme a ley y a derecho, sin embargo jamás se apersonó para las diligencias; prefiriendo hacer su descargo por escrito.

**QUINTO:** Se debe además tener presente, que aún cuando no es costumbre en investigaciones preliminares, llevarse a cabo diligencias de informe oral; sin embargo, atendiendo al pedido de su Defensa, y a manera de no recortársele el derecho a la defensa, dentro de un debido proceso, se señaló día y hora para que informe oralmente por el lapso de 15 minutos, diligencia a la que tampoco el letrado concurrió, levantándose un acta de dicha inconcurrencia.

**SEXTO:** Es atribución del Fiscal, conforme a lo establecido en los incs. 1, 4 y 5 del Art. 159ª de la Constitución Política del Estado: "Promover de oficio o a instancia de parte la acción judicial en defensa de la Legalidad y los intereses públicos tutelados por el derecho; conducir desde su inicio la investigación del Delito..; y ejercitar la acción penal de oficio o a instancia de parte, entre otras prerrogativas. Y en concordancia a dichas facultades se encuentra el inc. 2 del Art. 94 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en la que expresamente se establece, que "Si el Fiscal estimare procedente, podrá alternativamente abrir investigación para reunir la prueba indispensable, o formalizarla ante el Juez Instructor.

Dr. Máximo H. H. Holguín  
Fiscal Provincial Titular  
18º FISC. PROV. PENAL-LIMA



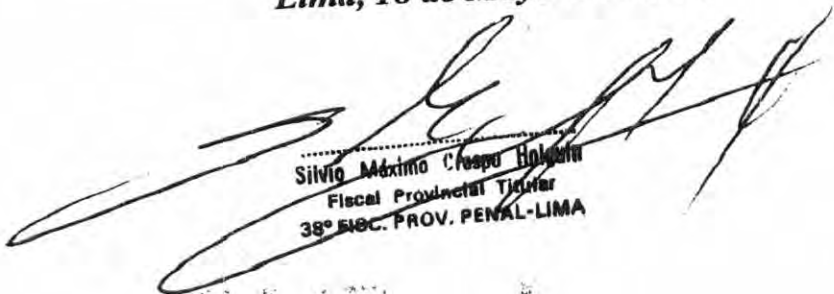


**SETIMO: De lo expuesto en el punto sexto se infiere, que declarar Fundado una Acción de Hábeas Corpus, implicaría atentar contra la propia Constitución Política del Perú, y por ende contra la Ley Orgánica del Ministerio Público.**

**POR TANTO:**

Solicito a usted, Señor Juez, tener en cuenta los hechos expuestos al momento de emitir sentencia.

**Lima, 18 de Mayo del 2005.**

  
Silvio Máximo Cuspo Holguín  
Fiscal Provincial Titular  
38° FISC. PROV. PENAL-LIMA

# ANEXO 20



DECLARACION DE FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY  
DNI 07278958



En Lima, siendo las dos y treinta minutos de la tarde del dieciocho de mayo del dos mil cinco, fue presente al local del juzgado la persona de Fernando Cantuarias Salaverry, identificado con documento nacional de identidad cero setentidós setentiocho noventicinco ocho, domiciliado en calle Venecia dos cero nueve departamento trescientos uno San Borja.-----Acto seguido el señor Juez pregunta al accionante si se ratifica en la acción de Garantía - Habeas Corpus interpuesta a su favor por Renee Quispe Silva y contra el Fiscal de la Trigesimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, Dr. Silvio Crespo Holguin, dijo que, si me ratifico integramente en la acción en todos sus extremos.-----Para que diga de que manera considera usted que se estarían vulnerando sus derechos constitucionales lo que ha devenido en la interposición de la presente acción, dijo que en primer lugar en razón de no haber sido citado debidamente por el señor Fiscal, él me cita supuestamente cuatro veces, pero la última mención ~~inmediatamente notificándome a domicilio que no me corresponden,~~ notificándome de un día para otro e inclusive una de ellas me llegó un día después de la supuesta audiencia, todo lo cual consta en las pruebas que hemos presentado, ~~la única citación válida~~ inmediatamente el mismo día se plantearon las excusas respecto a mi imposibilidad de acudir, solicitándose nueva fecha para mi indagatoria y al día siguiente se ofrecieron pruebas documentales de mi parte y se solicito además la actuación de ciertas pruebas necesarias para esclarecer la denuncia y sin embargo el señor Fiscal sin merituar absolutamente nada como consta de su denuncia, simplemente decide denunciarme, es mas he presentado pruebas de que este Fiscal en otro caso en el que he sido denunciado junto con otros dos árbitros, simplemente me denunció sin realizar ningún tipo de investigación, el Fiscal además no solo me cito a mi sino además cito a los otros árbitros del proceso en cuestión, sin embargo no recibí ninguna de las declaraciones, no se si este Fiscal habra dispuesto otras declaraciones, nosotros presentamos una serie larguísima de documentación, el día nueve de mayo nosotros ofrecimos una serie de pruebas para que realice una prolija investigación, sin embargo este Fiscal al día siguiente procede a formalizar la denuncia sin explicar siquiera por que razón no actuó las pruebas solicitadas.-----Para que diga si usted ha tenido conocimiento de la presentación del escrito que se le pone a la vista en copia simple con la sumilla de "presento descargos", de ser así indique si además de lo expuesto en dicho documento usted tenía documentación o información adicional que



proporcionar al señor Fiscal respecto a los hechos que se investigaban, dijo que, si reconozco este documento el mismo que fue presentado por mi abogado defensor el día seis de mayo del dos mil cinco formulando los respectivos descargos y acompañando prueba instrumental que demuestra la falsedad de las imputaciones realizadas a mi persona y efectivamente yo tenía mayor información que proporcionar al señor Fiscal una vez que el señor Fiscal señalara una fecha para recibir mi declaración indagatoria, además mi abogado el Dr. Carlos Caro Coria ofreció con fecha nueve de mayo una serie de medios probatorios a efectos por ejemplo de que se citara a mis coarbitros quienes según la ley y la constitución son una jurisdicción y son los llamados a resolver exclusivamente cualquier recusación y quienes en dos oportunidades desestimaron expresamente los argumentos que ahora se pretende convertir en un supuesto ilícito penal, como no va a ser pertinente recibir la declaración de los llamados por ley a resolver el tema o por ejemplo entre otros las piezas de todo el expediente arbitral que tienen que ver con este tema y acá quiero ser muy claro, acá se está violando flagrantemente mi derecho por que el expediente arbitral del cual soy arbitro para poder incorporar piezas del expediente arbitral tienen que ser solicitadas por la autoridad Fiscal y el señor Fiscal solo tomo en cuenta las piezas que acompaña la parte denunciante, hay diferentes pedidos como el de reposición, nulidad y recusación y las respectivas decisiones del Tribunal arbitral desestimandolas y nada fue tomado en cuenta.-----Preguntado para que diga cuando toma conocimiento de la denuncia formulada en su contra, dijo que me entere de la denuncia el treinta del mes de marzo del presente año circunstancialmente ya que no fui debidamente notificado.-----Para que diga si conoce a quien le corresponde la dirección de avenida Pardo Quince cuarenta Miraflores, dijo que esa dirección le corresponde al estudio Buffete de Abogados del señor Santisteban de Noriega y yo no vivo ahí ni soy parte de dicho estudio pero debo agregar que la parte denunciante conocía perfectamente cual era mi domicilio real.-----Para que diga si al tener conocimiento de los hechos usted no solicito se le señale fecha para efectuar los descargos de ley, dijo que si, mi abogado mediante escrito solicito nueva fecha y se señalo pero fui erróneamente notificado y solo hubo una citación válida y a la misma no pude asistir pero mi abogado me excuso sin embargo no me dieron nueva fecha y me denunciaron.-----Preguntado para que diga si su abogado sustentó el motivo de su inasistencia a la diligencia programada por el señor Fiscal, dijo que en este momento no recuerdo cual fue la razón específica pero tuvo que ver con el desempeño de mi función como Decano de la Facultad de Derecho de la UPC.-----Para que precise que diligencias considera usted



361  
2081  
que eran necesarios para que el señor Fiscal haya profundizado según usted refiere en el tema, dijo que en primer lugar debió haber recibido mi declaración indagatoria, segunda la declaración de los señores árbitros, para que explique por que declararon infundada mi recusación y que ahora por los mismos hechos se me esta denunciando, así mismo solicite que recabaran copias el expediente arbitral materia de cuestionamiento, asimismo no se oficio a la compañía Minera la Poderosa para que informen sobre los abogados o buffetes de abogados que los representaban.-----Para que diga si los argumentos expuestos por la Compañía Algamarca para denunciarlo ante la Fiscalía fueron también expuestos dentro de la recusación formulada en su contra en el proceso arbitral, dijo que efectivamente luego de la primera recusación en la que no se me imputo ningún tipo de hecho relacionado con la sociedad civil de la cual mi padre es socio absoluto via recursos de reposición luego de nulidad y luego como nueva recusación se alegan expresamente todos y cada unos de los hechos que dieron mérito a la denuncia ante la Fiscalía, en todos y cada uno de esos casos el tribunal arbitral competente desestimo la reposición, la nulidad y la recusación por que estos hechos nuevos alegados no daban pie en forma alguna a una recusación, es decir la autoridad que debe resolver la recusación ha declarado en varias oportunidades que no existe razón alguna para ejercer acción alguna en mi contra, yo me mantengo como un arbitro independiente a las partes, no obstante ello sin tener las piezas del expediente arbitral y sin actuar ni una sola prueba el Fiscal ha tenido por valida la denuncia de parte efectuada por los denunciantes.-----

-----Preguntado para que diga si el tribunal arbitral cuestiono o se pronunció respecto al hecho de que usted seguiria siendo socio del bufete de abogados de su señor padre, dijo que, no se pronuncio ya que no era materia de los fundamentos de recusación, sin embargo estos hechos fueron puestos de conocimiento de la autoridad arbitral con la solicitud de reposición y nulidad siendo que el tribunal arbitral resolvió indicando que lo que se mencionaba no alteraba en nada la resolución dictada y que no era causal de recusación alguna.-----

Preguntado para que diga si tiene algo mas que agregar, si, agradeceré considerar muy especialmente la resolución noventa y siete del tribunal arbitral que corre de fojas cincuentiséis a cincuentinueve de este expediente, en el que se explica detalladamente que los hechos de mi participación como accionista del bufete de mi padre no era ningún impedimento para ejercer mi actuación como arbitro y en todo caso ya conocían de la situación por la cual el señor Fiscal ha indicado que induje en error al Tribunal Arbitral, lo que pudo haber sido tomado en cuenta si dicho Fiscal hubiera recibido mi declaración indagatoria.-----

2081



-----Con lo que concluyo la presente diligencia firmando el deponente  
luego que lo hizo el señor Juez.-----



.....  
SEGISMUNDO I. LEON VELASCO  
JUEZ PENAL TITULAR

.....  
EDUARDO MEDINA BAYETTO  
SECRETARIO (E)  
F. ALCALDE ESPECIALIZADO PENAL DE LIMA

# ANEXO 21





79  
A.5.5

DECLARACION DEL DR. SILVIO MAXIMO CRESPO HOLGUIN *Final*

En Lima, siendo las tres y cuarenticinco minutos de la tarde del día diecisiete de mayo del dos mil cinco, fue presente al local del juzgado la persona de Silvio Maximo Crespo Holguin, Fiscal Provincial Penal de la Trigesima Octava Fiscalia Provincial Penal de Lima, con domicilio en el edificio del Ministerio Público quinto piso.-----Acto seguido el señor Juez pregunta al señor Fiscal accionado que es lo que tiene que decir en relacion al proceso de Habeas Corpus interpuesto en su contra y que fue puesto en su conocimiento el día de ayer, dijo que lo manifestado por el accionante en su habeas Corpus interpuesto es **completamente falso** por que **se le ha otorgado las facilidades para realizar sus descargos**, tanto es así que con fecha treintuno de marzo del año en curso, presento un escrito señalando domicilio procesal y designando abogados a los doctores Rene Hernan Quispe Silva y Dino Carlos Caro Coria, conforme a la copia del recurso y del proveido que se adjunta, habiéndose señalado y notificado debidamente para recibirse su declaración indagatoria para el día primero de abril y reprogramado a su solicitud para los días seis de abril, veinte de abril y cinco de mayo del año en curso, igualmente se le notifico a su abogado defensor a su solicitud a efectos de recibirse su informe oral señalándose para el día cuatro de mayo por espacio de quince minutos pese a no ser costumbre llevar a cabo diligencias de esta naturaleza en investigaciones preliminares, sin embargo a efectos de no recortársele su derecho a la defensa se admitió el pedido, al que tampoco se hizo presente el letrado levantándose en ese sentido una constancia de inasistencia conforme sae aprecia de las copias que se adjuntan. La defensa del señor Cantuarias Salaverri, conocedores de las notificaciones cursadas para llevarse a cabo la declaración indagatoria de su patrocinado así como habérsele notificado para realizar un informe oral, sin concurrir a la diligencia, con fecha seis de mayo del año en curso, presento sus descargos por escrito conforme a la copia que se adjunta, entendiéndose de ello su negativa a presentarse a la declaración en forma directa y lo que pretendia tanto el imputado como su defensa era dilatar el tiempo antojadizamente, es así que luego de múltiples oportunidades con resultado negativo para recibirse su declaración o la declaración del denunciado, mi despacho estaba en la obligación de resolver la denuncia con la documentación que había recabado durante el proceso investigatorio, encontrándose entre los mismos instrumentos aportados por la parte denunciante que **determinaba meridianamente la comision de los delitos denunciados y lo que se hacia necesaria una investigación en instancia judicial**



optando este despacho por promover la acción penal, encontrándose los actuados ante el Sexto Juzgado penal de Lima, pendiente de calificar conforme al oficio y recaudos que se adjuntan, decisión que adopto en uso de las facultades previstas en la Constitución política del estado, específicamente el artículo ciento cincuenta y nueve inciso uno y cinco y también lo dispuesto en la Ley Orgánica del Ministerio Público, artículos once y noventa y cuatro.-----Para que diga en cuantas ocasiones y a que direcciones se le notifico a los denunciados para que concurren a su declaración indagatoria, dijo que con fecha doce de abril se les notifico a ambos al domicilio legal para su declaración indagatoria del seis de mayo, asimismo se le notifico a la casilla cuarentitres sesentitres a efectos de que presente su declaración indagatoria, el día veintiuno de abril se le notifico a la casilla de su abogado para su declaración indagatoria del cinco de mayo a horas nueve de la mañana, luego con fecha quince de abril para una declaración indagatoria, asimismo existen mas notificaciones cursadas para el día seis de abril la misma que fue remitida al denunciado con fecha primero de abril, luego el veintiuno de abril tambien fue notificado a su abogado Dino Carlos Caro Coria a efectos de escuchar su informe oral el día cuatro de mayo a las nueve de la mañana, citación a la cual el abogado no asistió. Con fecha seis de mayo no asistió para prestar su declaración indagatoria pero con todas las facultades que le da la ley lo hizo por escrito a lo que se proveyó que se tengan presentes sus descargos al momento de resolver y así fue.-----Preguntado para que diga que proveyó su despacho con relación a los recursos presentados por la defensa del denunciado con fecha cuatro, seis y nueve de mayo ante su despacho, dijo que, sobre el particular me remito a lo actuado en el expediente.-----Para que diga por que si dispuso como primer acto de investigación Fiscal tomar la indagatoria de la parte denunciada, formalizo denuncia sin que la misma - por diversos motivos- no se haya realizado, el suscrito formulo denuncia después de que Fernando Cantuarias Salaverry hiciera su descargo por escrito con fecha seis de mayo del dos mil cinco, escrito que consto de once fojas.-----Para que diga si después de los dos meses de investigación preliminar no requirió la necesidad de incluir ningún medio investigatorio mas a fin de formular la denuncia respectiva, dijo que, no, ya eran suficientes las pruebas acompañadas por el denunciante las cuales (no) fueron rebatidas por Fernando Cantuarias Salaverry.-----Para que diga que carga procesa tiene usted en su despacho, dijo que aproximadamente por turno ingresan setecientas denuncias y ademas debo agregar mi Fiscalía ha sido designada como Fiscalía de Reo en carcel desde el año dos mil uno cuyo tramite es de celeridad inmediata.-----Para que diga si desea





101

agregar algo mas, dijo que si, con el objeto de corroborar lo argumentado cumpla con adjuntar copias simples de los recaudos que obran en el sexto Juzgado penal de Lima, denuncia que aún no se encuentra calificada y copias certificadas de los actuados que obran en el once juzgado penal de Lima, denuncia que se encuentra en trámite al haberse instaurado proceso penal que va de fojas uno a ciento setentinueve y remarcando que he procedido conforme a la constitución como titular de la acción Penal artículo ciento cincuentinueve y artículos once y noventa y cuatro de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Habiendosele facilitado a las partes para que hagan su defensa con múltiples citaciones desde el quince de marzo del presente año hasta el diez de mayo que se efectuó la denuncia constando en las copias que adjunto, sus descargos hechos por escrito, después de múltiples citaciones, así mismo quiero agregar que soy Fiscal desde hace mas de veinte años y que he obrado conforme a mis atribuciones. Con lo que concluyo la presente diligencia firmando el deponente luego que lo hizo el señor Juez.

*[Signature]*  
LEONARDO L. VELASCO  
JUEZ PENAL TITULAR

*[Signature]*  
SECRETARÍA DE LA  
CORTE SUPERIOR DE EXPEDIENTES JUDICIALES  
LIMA



# ANEXO 22



TRIGESIMO NOVENO

JUZGADO PENAL DE LIMA

Expediente N° 183-2005

Secretario Eduardo Medina Bayetto



388  
W. Medina Bayetto  
9/6/05

## SENTENCIA

Lima, siete de junio de dos mil cinco.-

### VISTA.-

La demanda de proceso constitucional de Hábeas Corpus interpuesta a favor del señor Fernando Cantuarias Salaverry, dirigida en contra del señor Representante del Ministerio Público, doctor Silvio Máximo Crespo Holguín, Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, por supuesta amenaza a su libertad individual, como consecuencia de haberse violando su derecho a la Tutela Procesal efectiva, al inobservarse sus derechos a la defensa, a probar, al contradictorio, a la igualdad de armas, a obtener una resolución fundada en derecho y al de observancia del principio de legalidad procesal penal.

### RESULTA DE AUTOS.-

Según refiere la parte demandante en su escrito postulatorio, los actos lesivos a su derecho citados en el párrafo precedente, se habrían producido dentro del procedimiento prejudicial realizado por el citado Representante del Ministerio Público, con ocasión de la denuncia penal formulada por la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. en contra del señor Fernando Cantuarias Salaverry que concluyó con la formalización de denuncia en su contra, como presunto autor de los delitos contra la Fe Pública – Falsedad Genérica – en agravio de la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. y por el delito contra la Administración de Justicia – Fraude Procesal – en agravio del Estado Peruano.

### CONSIDERANDO.-

#### Normatividad aplicable

1. Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, conforme lo prescribe el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; en este sentido su finalidad inmediata será la de reponer las cosas al estado anterior a la violación o



amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo, según lo dispone la primera parte del artículo primero del referido texto procesal.

2. La Constitución Política del Estado por su parte prescribe en el numeral 1) de su artículo 200, que la acción de Hábeas Corpus procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

En ese mismo orden, el citado Código Procesal Constitucional en su artículo 25 establece una relación enunciativa de los derechos que conforman la libertad individual, mencionando en su último párrafo que también procede en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad de domicilio; es este derecho, al debido proceso, el invocado por el recurrente como el derecho que se encuentra afectado al haber el Representante del Ministerio Público formalizado denuncia penal en su contra sin respetar los derechos de defensa, a probar, al contradictorio, al de igualdad de armas y al de observancia del principio de legalidad procesal penal.

#### **Acerca de la actividad sancionadora del Estado.**

4. El Estado como ente jurídico y político, se encuentra dotado de funciones o atributos que le son propios, y que se encuentran dirigidos al cumplimiento de determinados fines, variables según las circunstancias espaciales y temporales de cada cultura, y que constituyen su propia justificación.
5. Para lograr la realización de sus fines, el Estado tiene, pues necesidad de actuar, de ejercer determinadas funciones. Por funciones estatales se entiende, en derecho público, las diversas actividades del Estado en cuanto constituyen diferentes manifestaciones o diversos modos de ejercicio de la potestad estatal (1). Al margen de haberse distinguido tradicionalmente tres funciones principales del Estado (Ejecutivas, Legislativas y judiciales), existe una fundamental que atraviesa a todas y cada una de ellas: su actividad o función sancionadora.
6. La citada función o Poder de Policía, siguiendo a Gregorio Badeni, es la llamada a establecer la regulación práctica de la libertad y de sus limitaciones que, a tales fines, ejercen los órganos gubernamentales. Así, los poderes legislativo, ejecutivo y judicial (y en

SEGISMUNDO I. LEÓN VELASCO

JUEZ PENAL TITULAR



su caso los órganos constitucionales autónomos), dentro del marco de sus funciones constitucionales, ejercen el poder de policía para la protección de los individuos, grupos sociales y del propio Estado. Su objetivo es limitar las libertades individuales y sociales en función del bien común. (2)

7. En efecto, el poder de policía o poder represor del Estado, es una función o potestad del mismo, que consiste en la plasmación normativa o reglamentaria de la libertad, estableciendo un determinado orden de convivencia, al cual deben adecuarse los comportamientos de los hombres, y que en la práctica se traduce en determinadas reglas de conducta, que importan el cumplimiento de los deberes que cada individuo, grupo, o en general cualquier actor social, tiene con respecto a los demás y a la comunidad.

Es en este sentido que no se concibe una sociedad moderna políticamente organizada sin un poder de policía regulador que apunte a la promoción de bienestar general, prohibiendo y sancionando, aquellas conductas perniciosas que confabulan y atacan, los principios de bienestar y seguridad general (3), condicionando la existencia del propio Estado, por lo que la legitimidad de dicho poder es reconocida por los textos constitucionales de cada uno de ellos.

9. Aún más, la propia Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas en 1948, en su artículo 29, reconoce la legitimidad y fundamentos de dicho actuar, pues refiere:

*"En ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática".* (Subrayado nuestro)

10. La violación, inobservancia, contravención, trasgresión, vulneración de cualquiera de aquellos preceptos normativos que establecen o sustentan un orden de convivencia, significará una invocación a que el Estado despliegue su función o actividad represiva, generando, éste, los procedimientos necesarios que estén orientados a sancionar dichas conductas. En este sentido se reconoce a los órganos del Estado, el "derecho" a denunciar y sancionar a aquellos individuos que han incurrido en la trasgresión de los preceptos normativos previamente establecidos por aquel.

SEGISMUNDO I. LEÓN VELASCO

JUEZ PENAL TITULAR





11. El principal y más gravoso mecanismo de sanción creado por el Estado, es el derecho penal, en su aspecto tanto sustantivo como adjetivo, es decir la actividad persecutoria y sancionadora del Estado, en su más antiguo y grave aspecto, se encuentra contenido en el derecho penal y derecho procesal penal, que a decir del profesor Blinder, "...son corresponsables de la configuración de la política criminal y eje estructuradores de lo que se ha denominado "Sistema Penal" o "Sistema de Justicia Penal", que es el conjunto de instituciones vinculados con el ejercicio de la coerción penal y el castigo".(4)

12. Es dentro de ese conjunto de instituciones, a las que se refiere el profesor Blinder, que encontramos al Ministerio Público, como órgano constitucionalmente autónomo encargada entre otras cosas del ejercicio de la acción penal, la cual podrá realizar de oficio o a petición de parte, conforme lo dispone el numeral 5) del artículo 159 de la Constitución Política, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 94 de su Ley Orgánica. Es así que uno de los primeros eslabones que encontramos en el desarrollo de la actividad punitiva del Estado, es decir en la senda del derecho procesal penal, es al Ministerio Público, el cual atendiendo al carácter mixto de nuestro sistema penal, será el encargado de perseguir el delito, es decir, de acudir al órgano jurisdiccional exponiendo su pretensión persecutoria y punitiva contra el ciudadano.

13. Ahora bien, debemos atender que si bien el derecho procesal penal es el camino que debemos transitar para concretar una sanción penal, entendida esta como restricción de alguno de nuestros derechos, su sólo ejercicio implica ya la afectación de nuestra libertad, esto es, que en su seno encontramos ya un enfrentamiento entre los derechos de la persona y la facultad del Estado para perseguir y castigar el delito, previo al encuentro, de la verdad. Ya el maestro Muñoz Conde decía: "El derecho procesal penal tiene su corazón dividido entre dos grandes amores: por un lado, la misión de investigar los delitos y castigar a los culpables; por otro, la de respetar en esa tarea determinados principios y garantías que se han convertido en el moderno Estado de Derecho en derechos y garantías fundamentales del acusado. Esto produce una contradicción difícil de solucionar: el respeto a las garantías y derechos fundamentales del acusado puede suponer y, de hecho, supone efectivamente, un límite a la búsqueda de la verdad que obviamente ya no puede ser una verdad a toda costa".(5)

#### Ministerio Público y garantías del individuo

14. Necesario, resulta entonces detenernos a analizar si en la función estatal asignada al Ministerio Público, de perseguir el delito le corresponde la observancia de aquellas

SEGISMUNDO J. LEÓN VELASCO  
JUEZ PENAL TITULAR





390  
Tread  
Novel

garantías procesales, propias del proceso penal, toda vez que la discrecionalidad de los señores Representantes del Ministerio Público, en el ejercicio de la acción penal, genera una especie de interregno en el cual el individuo se encontraría, aparente y únicamente sujeto a dicha discrecionalidad, si es esa la interpretación que se pretenda otorgar a las disposiciones contenidas en los artículos 1°, 11° y 94° de la Ley Orgánica del Ministerio Público. (6)

SEGISMUNDO I. LEON VELASCO  
JUEZ PENAL TITULAR

5. Sobre el particular es necesario tener en cuenta, en principio, que el diseño de un Estado Democrático de Derecho, implica que las limitaciones no sólo al ius puniendi del Estado, sino a toda su capacidad sancionadora en general, y a los procedimientos que se aplica para dicho fin, se ve reforzada por la plena vigencia que en ellos debe imperar de los derechos fundamentales, pues la concepción que en dicho medio se tiene de ellos, es que el Estado no es quien otorga los derechos fundamentales sino quien debe crear las condiciones de su realización. De esta manera, el Estado se legitima, entre otros criterios, por el de la realización de los derechos fundamentales. En esta noción del Estado, los derechos fundamentales son reconocidos, igual que en la tradición del derecho natural como propios del individuo, previos e independientes de aquél. Por lo tanto, los derechos fundamentales son derechos que limitan desde el principio la autoridad del Estado y operan como fuente de obligaciones del mismo" (7).

16. A este respecto, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

*"El poder punitivo del Estado tiene límites impuestos por la Constitución. No debe ser arbitrario ni excesivo. Debe ser congruente con los principios constitucionales y razonablemente proporcionado no sólo al hecho delictivo, sino también al bien Jurídico protegido".* (STC emitida el 15 de noviembre del 2001 en el expediente 0005-2001-AI-TC).

17. En el sentido antes expuesto "...la autoridad tiene límites constitucionales para ejercitar la potestad de sanción – tanto penal como administrativa – y debe respetarlos porque, en caso contrario, el sancionado se convierte en agraviado de una inconstitucionalidad, con el efecto de que la sanción sea declarada inválida por los procedimientos constitucionales correspondientes". (8) Evidentemente, y siendo consecuentes con dichos criterios, el Estado tiene igualmente límites para ejercitar su potestad no sólo sancionadora, sino también persecutoria.



18. Así pues, en este tipo de Estados, se reconoce a los derechos fundamentales un efecto irradiante no sólo al derecho ordinario, sino también a las propias normas constitucionales, (y al ejercicio que en su mérito se realicen) las cuales, necesariamente, tendrán que interpretarse en consonancia con aquellos derechos de la persona que ella misma reconoce, en tal sentido, todas las normas del ordenamiento jurídico deben ser entendidas sin restringir o alterar el contenido esencial de los derechos fundamentales, por lo tanto, siendo el ius puniendi del Estado un actuar en base a normas penales restrictivas de la "libertad" del hombre, las limitaciones a ese actuar – del Estado – en tanto protegen aquella "libertad", se constituyen en "garantías" fundamentales de las mismas; es dentro de estas circunstancias que debemos ir entendiendo que siendo el debido proceso un derecho fundamental, el mismo debe acompañar toda actividad del Estado, entendiéndose de los poderes y órganos que lo conforman, y que pueda afectar algún derecho del individuo.

19. Es precisamente por lo expuesto que el nuevo Código Procesal Constitucional, tratando de abarcar los conceptos de acceso a la justicia, debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, concibe la denominación de tutela procesal efectiva, la que evidentemente deberá corresponder a todos los procesos o procedimientos instaurados y que guarden relación con derechos fundamentales de la persona, conforme en su oportunidad ya lo menciona el profesor Monroy Palacios:

"...tanto en sede administrativa como legislativa es conocido que existen muchos procedimientos que, sin desarrollarse ante un juez y sin mantener, en variados supuestos, algunas de las características propias de la función jurisdiccional, deben ser desarrolladas con la debida observancia de las reglas que garantizan el derecho a un debido proceso(...) Por ello mismo, antes que hablar de *tutela jurisdiccional efectiva*, consideramos que es necesario referirnos a la *tutela procesal efectiva*. Una denominación que supera las notorias limitaciones del primer concepto y que sintoniza perfectamente con una realidad que se vislumbra cada vez más compleja". (9)

20. Inclusive se establece la necesidad de respetar el debido proceso, en los procesos denominados impropios, que es aquel en el cual la figura de quien juzga o toma la decisión es igual a la que formula su pretensión punitiva, es decir que ambas calidades, parte y juzgador, se reúnen en un mismo sujeto, como es el caso del procedimiento de despido laboral, previsto, por ejemplo, en el caso de nuestro derecho interno, en el primer párrafo del artículo 31 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y competitividad laboral. (10) Ello es así porque la defensa del proceso, como lo dice el profesor Bustamante Alarcón, "...es la defensa del último bastión de protección de la

SEGISMUNDO I. LEON VELASCO  
JUEZ PENAL TITULAR



391  
Resolución  
nº 01  
14

dignidad del ser humano, de la vigencia efectiva de sus derechos y de la supervivencia justa y pacífica de la comunidad humana". (11)

21. Es en este orden de ideas que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en resguardo de los derechos fundamentales, y evidentemente en una interpretación pro-homine, ha proyectado el contenido esencial de las garantías previstas en el artículo 8° inciso 2) de la Convención Americana de Derechos Humanos, que hace referencia a "garantías judiciales", a toda esfera procedimental del Estado que implique o pueda implicar afectación de derechos fundamentales; así pues sobre el particular, dicha instancia de justicia supranacional, ha expuesto:

*"Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula garantías judiciales, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos..."* (12)

22. Es decir, siguiendo el resumen que hace el profesor Remotti Carbonell, de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el particular "...las garantías del debido proceso se proyectan a toda actuación del Estado, que implique el ejercicio de su poder sancionador o que pueda afectar el ejercicio de los derechos. Así, pues, aun cuando el artículo 8 de la Convención tenga el rótulo de garantías judiciales, la Corte ha establecido que garantías del debido proceso no sólo vinculan a las autoridades judiciales en las diversas materias como la penal, civil, laboral o fiscal, etc., sino que alcanzan a todo tipo de procedimientos y órdenes que ejerzan funciones jurisdiccionales, sea administrativa, legislativa o judicial. Bastará entonces que una autoridad pública, aun cuando no sea judicial, dicte resoluciones que puedan afectar derechos para que se encuentre obligada a respetar las previsiones del debido proceso" (13).

23. Por su parte Ana Salado, expresa que: "En el año 2001 la Corte dio un paso sin precedentes al aplicar las exigencias del artículo 8.1 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a los procesos no judiciales. Es cierto que en su opinión consultiva del 06 de octubre de 1987 ya había sostenido que si bien el artículo 8 se titula "garantías judiciales" su aplicación no se limita a los recursos judiciales en el sentido

SEGISMUNDO I. LEÓN VELASCO  
JUEZ PENAL TITULAR





estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales" (14).

24. Es en este sentido, que no debe caber duda alguna entonces que todo procedimiento estatal que implique afectación o peligro de afectación de derechos fundamentales, lleva consigo la implícita obligación de observar un debido proceso, consecuentemente con ello, nuestro máximo interprete de la Constitución, conforme al derrotero trazado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no hace sino participar de la interpretación más adecuada a la defensa de los derechos humanos, al considerar que el derecho constitucional al debido proceso, se proyecta, en el caso de los procesos penales, a su etapa prejurisdiccional; así estableció:

"3. De conformidad con el artículo 8°, inciso 2) literal "c" de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (...) durante el proceso, todo persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa. Este derecho constitucional por su naturaleza, compone el derecho al debido proceso garantizado en el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución Peruana e implica el derecho a un tiempo "razonable" para que la persona inculpada pueda preparar y organizar una defensa, o eventualmente, recurrir a los servicios de un letrado para articularla o prepararla de manera plena y eficaz. El enunciado "durante el proceso" mencionado en el artículo 8° debe entenderse que se proyecta, en el caso de procesos penales, también al ámbito de su etapa prejurisdiccional, es decir, aquél cuya dirección compete al Ministerio Público (art. 159°, inciso 4) de la Constitución..." (15)

25. Es dentro de este contexto normativo y jurisprudencial que debemos evaluar e interpretar las facultades asignadas al Ministerio Público, en tanto titular de la acción penal pública, conforme así ya lo interpretó la Primera Sala Penal para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el H.C. N° 315-2004, que sobre el particular, refiere:

*"... aparentemente la Ley orgánica del Ministerio Público podría admitir una opción menos garantista al referir que luego de recibir una denuncia de parte, el señor Fiscal Provincial Penal estaría facultado a formalizar la denuncia ante el Juez Instructor (Juez Especializado en lo Penal) sin investigación previa. Sin embargo este postulado no puede ser interpretado en sentido lato, en tanto que toda disposición legal debe ser asimilado bajo un marco de referencia constitucional, específicamente atendiendo a*

SEGISMUNDO I. LEÓN VELASCO  
JUEZ PENAL TITULAR



398  
Fregue  
nov 2008

las garantías del debido proceso (con las previsiones que contienen) evitando alterar la tutela efectiva sin indefensión. Bajo este aspecto, debe precisarse que el Código de Procedimientos Penales no contiene previsión alguna en torno a la posibilidad que tiene el Ministerio Público una vez recibida una denuncia de parte".

"Que, sin embargo, el Colegiado considera que el señor Fiscal Provincial en lo Penal puede amparar de plano una denuncia y formalizarla ante el Juez Penal, tratándose de casos de flagrante delito, en tanto que para los delitos no flagrantes que son puestos a conocimiento por imputación de un tercero, se requiere necesariamente la realización de investigación preliminar que otorgue el suficiente mérito para formalizar una denuncia penal como preámbulo del proceso penal." (16)

La correcta apreciación del precedente judicial expuesto, y en esto debemos insistir, estriba en aceptar que el orden jurídico de un Estado debe estar orientado a garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos, debiendo su actuar ser consecuente con el mismo, evitando, en consecuencia, cualquier interpretación que implique limitación de los derechos, o restricción de las garantías que a ellos les asiste; la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dice:

"...la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos..." (17)

27. No debemos olvidar por último, a este respecto, que una de las consecuencias obligadas del reconocimiento de los tratados sobre derechos humanos por el Estado Peruano, es el de interpretar las normas constitucionales, y las infralegales por supuesto, de conformidad con dichas disposiciones supranacionales, por ende no queda duda alguna que toda actuación de los organismos del Estado, estará orientado a lograr la mayor plenitud de los derechos humanos, y en el caso de desplegar su actividad persecutoria o punitiva, orientado a conservar y observar las garantías procesales de los individuos, en este sentido no cabe admitir que el poder pueda ejercitarse sin limite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos (18), o lo que es lo mismo, que existan enclaves autoritarios, en donde la posible afectación de derechos



fundamentales se haga sin más expresión de causa que la dispensa concedida por alguna norma legal(19);



28. Lo precedentemente expuesto resulta necesario de ser anotado, siguiendo el criterio de la Primera Sala Penal de Lima, antes citada, pues la tentación de considerar no obligatoria la investigación fiscal en los casos de denuncias de delitos no flagrantes, es grande a mérito de una interpretación restrictiva del artículo 94° inciso 2) de la Ley Orgánica del Ministerio Público, interpretación que además de restrictiva, resultaría sesgada si es que no se tiene en cuenta, que uno de los mayores encargos del Ministerio Público es la defensa de los derechos del ciudadano, conforme lo dispone el artículo 1° de su misma Ley Orgánica.

**La formalización de denuncia y el resguardo de otros derechos fundamentales.**

Resulta de incuestionable importancia comprender que la propuesta formal de someter a un individuo a proceso penal – que implican desde ya la posibilidad de disponer medidas de coerción en su contra – tiene necesariamente que contar con el cumplimiento de ciertos requisitos, que para el caso, constituirán garantías de primer orden hacia el individuo; en este sentido será necesario “...no sólo la posibilidad de encuadrar la conducta en una figura penal, sino además que pueda pensarse, fundadamente (es decir, basándose en pruebas) que su participación en el hecho típico es también antijurídica, culpable y punible, para evitar que la afectación al derecho al honor de aquélla (por la connotación estigmatizante que tiene el sometimiento a un proceso penal (...)) y la situación de “inegable restricción de la Libertad” que el proceso conlleva, configuren limitaciones arbitrarias a los derechos tutelados por el sistema constitucional”. (20)

30. El Principio de inocencia es una presunción que no sólo opera intra-proceso, sino extra-proceso, es una presunción que acompaña al individuo, antes y durante el proceso, en tal sentido, el mismo - presunción de inocencia - así como los derechos del buen nombre y al honor, se ven menoscabados por el carácter público de la imputación (por la posibilidad que cualquiera pueda tener conocimiento de ella), por lo que se requiere a los órganos estatales el máximo de cuidado para no vulnerar ni favorecer la misma.
31. El requisito básico que debe respetarse, en este sentido, será el de preservar, cuidar, proteger a las personas de arbitrarios, indebidos, irregulares sometimientos a proceso, estableciendo determinadas exigencias, que aseguren una actuación razonable, relacionada sustancialmente con la concurrencia de cierto caudal de pruebas, tanto de cargo como de descargo, compulsadas si bien no en un proceso dilatado, si en uno

SEGISMUNDO I. LEON VELASCO  
JUEZ PENAL TITULAR

debido, que permita construir adecuada y justificadamente la pretensión persecutoria del representante del Ministerio Público.



393  
Trase  
Reth

**El derecho a la tutela procesal efectiva y el caso concreto**

32. Ahora bien, establecida la necesidad que en la etapa pre-judicial o de investigación preliminar se garantice y respete el derecho al debido proceso, corresponde avocarnos al estudio de lo actuado a nivel fiscal en la denuncia formalizada contra el favorecido del presente proceso constitucional Fernando Cantuarias Salaverry, en sus aspectos más relevantes con la finalidad de determinar si en efecto se vulnero los derechos que alega en su demanda. Sobre el particular, debemos entonces señalar:

- a) Interpuesta la denuncia en contra del señor Fernando Cantuarias Salaverry, se dispuso citar a "los imputados" para el 22 de marzo del año en curso.
- b) Mediante escrito del 28 de marzo la parte denunciante solicita se formalice la denuncia, disponiéndose mediante resolución de la misma fecha citar al denunciante, al denunciado y al señor Enrique Lastre Berninzon.
- c) Mediante escrito del 01 de abril la parte denunciada solicita se suspenda la investigación preliminar y se eleve los actuados a la fiscalía superior decana, lo cual es declarado improcedente por resolución del once de abril, disponiéndose citar nuevamente al denunciado.
- d) Mediante escritos del 20 de abril la defensa del denunciado solicita se conceda informe oral y se re programe fecha de declaración indagatoria, disponiéndose mediante resolución del veintiuno de abril, el uso de la palabra para el 04 de mayo y la declaración indagatoria para el 05 del mismo mes.
- e) Mediante escrito del 04 de mayo la defensa del denunciado solicita reprogramar fecha y hora para la realización del informe oral, toda vez que según refieren la misma se había programado antes que culmine la actividad probatoria.
- f) Mediante escrito del 05 de mayo se solicita se señale nueva fecha para la declaración indagatoria del señor Fernando Cantuarias.
- g) El 06 de mayo la defensa del denunciado presenta un escrito de descargo, el cual se dispone tener presente.
- h) Mediante escrito del 09 de mayo la defensa del denunciado solicita la actuación de medios probatorios.
- i) El 10 de mayo se formaliza la denuncia penal correspondiente.

SEGISMUNDO I. LEON VELASCO  
JUEZ PENAL TITULAR



33. Frente a los hechos descritos la parte demandante del presente proceso alega que se ha violado su derecho a la defensa pues el señor Fernando Cantuarias ha sido denunciado sin que se haya recibido siquiera su declaración indagatoria, la que si bien se señaló en cuatro oportunidades, sus citaciones correspondientes resultaron inválidas, excepto la última de ellas, respecto de la cual se solicitó reprogramación, sin obtener respuesta alguna, sólo la formalización de la denuncia.

34. Sobre el particular debe tenerse en cuenta que de la revisión de lo actuado se tiene que efectivamente la primera citación fue efectuada a domicilio distinto del domicilio real del denunciado (aún no contaba con domicilio procesal); la segunda citación se realizó al domicilio procesal señalado en autos, no obstante lo cual la citación llegó al día siguiente de señalada la diligencia; la tercera citación se efectuó nuevamente al domicilio efectuado en la primera citación, que no correspondía a su domicilio real, ni tampoco al procesal que ya se había señalado en autos; la cuarta citación se realizó dentro de los plazos establecidos y en el domicilio procesal señalado en autos, no obstante lo cual la defensa del denunciado solicitó la reprogramación del mismo, sin haberse obtenido respuesta sobre el particular.

35. Conforme a lo descrito precedentemente se comprueba que efectivamente existió sólo una citación válida a efectos que el señor Fernando Cantuarias pueda prestar su declaración indagatoria, respecto a la cual se solicitó una nueva fecha, no habiendo resuelto dicha petición el señor Representante del Ministerio Público, procediendo en efecto a formalizar su denuncia. Sobre el particular resulta necesario resaltar que estando a la importancia de la declaración de la parte denunciada (tanto así que el señor Fiscal lo cito aparentemente 4 veces, lo que demostraría que a su buen criterio resultaba también importante la misma) no haya tomado las precauciones del caso para que la misma se efectivice, guardando silencio inclusive sobre el pedido de señalamiento de una real segunda citación.

36. De igual forma también debe tenerse en cuenta, que en efecto, no obstante aún no haber culminado el acopio de pruebas pertinentes, ni siquiera la realización de la declaración indagatoria, el señor Fiscal señaló fecha del informe oral en fecha previa a ésta, contrariando la razón de ser de los informes orales, que pretende ser una exposición final de lo actuado, antes que se resuelva los de la materia, por lo que en todo caso, debió exponer su distinto parecer, cuando se le señaló lo incorrecto de su citación, no obstante lo cual igualmente no emitió pronunciamiento alguno sobre el escrito para que se re programe la realización del informe oral.

SEGISMANDO I. LEON VELASCO  
JUEZ PENAL TITULAR



324  
Fiscal  
Novillo  
Ov



37. Resulta igualmente cierto lo expuesto por la parte demandante en el sentido que el Representante del Ministerio Público guardo silencio respecto a su escrito por el cual se solicitaba la actuación de algunos medios probatorios, los que si bien es cierto no necesariamente requieren ser aceptados por dicho Ministerio, si requieren un pronunciamiento respecto a su pertinencia y/o procedencia, atendiendo a la necesidad que de ellos requiera para formar su criterio respecto de la denuncia puesta en su conocimiento.

SEGISMUNDO I. LEÓN VELASCO  
JUEZ PENAL  
TITULAR

38. Por último debe tenerse en cuenta si se efectúa un análisis global de lo actuado en sede fiscal se verifica que no ha existido una adecuada organización de la investigación preliminar, no existiendo siquiera una resolución formal que abra el citado proceso investigatorio, mucho menos las diligencias que, después del estudio realizado a la denuncia, resulten necesarias al criterio del señor fiscal para, de ser el caso, formalizar su denuncia.

39. En efecto, de la minuciosa revisión efectuada a lo actuado a nivel de la fiscalía se observa que no ha existido una investigación dirigida por el señor fiscal y orientada a fin determinado, sino por el contrario, una pretendida acumulación de pruebas de manera no sistematizada ni racional, lo que evidentemente, constituye un campo dentro del cual las posibilidades de afectar el debido proceso se hacen manifiestas. Aún en el caso que el señor Representante del Ministerio Público no este en la obligación de abrir investigación preliminar, en casos distintos a la flagrancia (supuesto rechazado por esta Judicatura, conforme se expuso líneas arriba), si procede a abrirlo, estará entonces ligado a la observancia de un debido proceso, en este caso investigatorio pre-jurisdiccional, sin que se admita justificación alguna en el sentido de no estar obligado al cuidado de las garantías procesales en un proceso, respecto del cual, considera, no se estuvo en la obligación de aperturar.

40. Lo precedentemente expuesto cobra sentido si atendemos, que, aun en la lógica de no ser obligatoria la investigación prejurisdiccional, sino, siguiendo ese criterio, facultativa, si formulada una denuncia de parte, se dispone abrir una investigación, se hará en el entendido que el señor fiscal Provincial, requiere, después del análisis de los sustentos fácticos y jurídicos de la denuncia, de algunas actuaciones probatorias a fin de obtener certeza en su criterio y formular la correspondiente denuncia o en su caso rechazar la misma. En el caso que nos ocupa, frente a la denuncia de parte, no existe siquiera algún decreto de la fiscalía que abra investigación preliminar, consecuentemente tampoco las





diligencias que requerirá para despejar las dudas que le impidieron rechazar o formalizar la denuncia puesta en su conocimiento, sino únicamente dos cargos de notificación dirigida al DENUNCIANTE, para que preste su declaración, las demás actuaciones de la fiscalía se realizarán según los requerimientos que fueron presentando las partes.

41. En efecto, sólo a consecuencia de un escrito presentado por la DENUNCIANTE (el 14 de marzo, casi dos meses después de interpuesta la denuncia), la fiscalía, atendiendo al pedido formulado, llama a comparecer a tres personas (Santisteban de Noriega, Avila Cabrera y Lastres Berninzón); posteriormente, frente al requerimiento de la DENUNCIANTE para que se formalice su denuncia, la fiscalía cita a la parte DENUNCIANTE, AL DENUNCIADO y a tercera persona (Lastres Berninzón). Estas y las posteriores actuaciones de la fiscalía no permiten encontrar una línea de investigación en sus actuaciones, habiéndose logrado al final de la misma sólo la declaración indagatoria de la parte DENUNCIANTE, de ninguno de los terceros, ni del denunciado, quienes tienen solicitudes presentadas para que se les señale nueva fecha de declaración, sin respuesta alguna; las que en todo caso, si no le servían para formar su criterio, debió rechazarlas por innecesarias, impertinentes; o en caso de no ser posible su actuación, declararlas improcedentes.

42. A lo expuesto debe agregarse, que frente a la única citación válida efectuada al denunciado para prestar su declaración indagatoria, la parte denunciante tuvo tres citaciones válidas, habiendo solicitado en la primera de ellas una nueva fecha, no habiendo asistido a la segunda fecha, motivo por el cual sólo en la tercera oportunidad rindió la misma; no obstante frente a la solicitud de la parte denunciada para que se le conceda una nueva fecha a efectos de rendir su declaración indagatoria, se obtuvo como respuesta la formalización de la denuncia en su contra. Sobre este particular debe tenerse en cuenta, además, que no existe en autos documento alguno presentado por la parte denunciante a efectos de no concurrir a la segunda citación que se le efectuó (para el 18 de marzo); no obstante ello se le señaló nueva fecha (para el 31 de marzo), lo que si bien, no consideramos indebido, si lo es, que la parte denunciada no haya tenido el mismo trato.

43. Debe tenerse en cuenta que la potestad con la que cuentan los señores representantes del Ministerio Público a efectos de formalizar una denuncia penal, en casos distintos a los delitos flagrantes, debe estar no sólo acompañado de una investigación preliminar, sino de una en la que se haya respetado los derechos del denunciado, y en la que evidentemente se haya observado un debido proceso, pues lo contrario convierte a esta potestad o

SEGISMUNDO I. LEÓN VELASCO

JUEZ PENAL TITULAR

395  
Resolución  
Revista  
Corte

facultad en una arbitrariedad; en efecto no se puede sustentar, de manera contraria a la defensa de los derechos de la persona, que la facultad discrecional de formular denuncia penal, de oficio o a petición de parte, concedida por el artículo 159, incisos 1), 4) y 5) de la Constitución Política del Estado, así como el 94 inciso 2) de la Ley Orgánica del Ministerio Público, significan de forma alguna una potestad ilimitada del Estado, de formalizar su pretensión persecutoria y punitiva, que constituyen restricciones al derecho fundamental a la libertad, sin que la misma se encuentre cubierta con las garantías necesarias asignadas a los individuos a efectos de impedir la ominosa carga de ser sujetos de la formalización de una denuncia penal.

Si bien todos los ciudadanos tenemos el derecho de formular peticiones a los órganos del Estado, entre ellas formular denuncias (de buena fe se entiende), el Ministerio Público como órgano estatal especializado debe proceder con mayor cautela en el ejercicio de la facultad concedida constitucionalmente, conforme se explico líneas arriba, pues la formalización de su denuncia, no sólo debe implicar una actuación de buena fe, sino una actuación especializada que vincula un pronunciamiento del órgano jurisdiccional, con las consecuencias legales que ello genera.

#### Sobre el concepto del debido proceso y otros derechos vulnerados

45. Ahora bien realizada la descripción fáctica, es necesario señalar que es lo que se entiende por debido proceso; así tenemos que el debido proceso se define como "...el conjunto de condiciones jurídicas de carácter formal y sustancial, que necesaria e indubitadamente deben cumplirse para asegurar el adecuado procesamiento judicial de una persona. Por ende, plantea la composición de un conjunto de derechos para el justiciable y un cúmulo de obligaciones para el Estado" (21).
46. Así la imposición de alguna sanción estatal debe ser la consecuencia de un proceso o procedimiento seguido contra un individuo observando las garantías que sobre el particular se hayan establecido, ello siempre que se pretenda un pronunciamiento válido; es en este sentido, que estando a su trascendencia, las principales declaraciones y pactos internacionales realizados sobre el particular, consignan como derecho fundamental la protección del debido proceso: así atendiendo a lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la materia objeto de comentario se encuentra contemplada en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los artículos XVIII Y XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre;

los artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 8 de Convención Americana sobre Derechos Humanos.



47. Por su parte debe tenerse en cuenta que las notificaciones, citaciones y emplazamientos no constituyen meras exigencias formales en la tramitación procesal, sino mandato de las leyes procesales para garantizar a los litigantes o a aquellos que deban o puedan serlo, la defensa de sus derechos e intereses legítimos, de manera que "no hay que insistir mucho acerca de la natural relación de los actos de comunicación procesal con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y con la proscripción de la indefensión" (22).

48. Por lo tanto se da la situación de indefensión no sólo cuando se priva al justiciable del derecho de defensa, sino también cuando se produzca una disminución indebida de las posibilidades de la misma; la indefensión se caracteriza por suponer una privación o una limitación del derecho de defensa, que si se produce por concretos actos de los órganos estatales entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso, de actuación de pruebas, de ser oído, etc.

49. En este sentido, de lo actuado en la etapa prejurisdiccional, se evidencia afectación del derecho al debido proceso, al haberse limitado el derecho de defensa del denunciado: No habérsele recibido su declaración indagatoria, no haberse dado fecha correcta para su informe oral y no haberse emitido pronunciamiento alguno sobre los medios de prueba de descargo ofrecidos por éste, restringiendo en este sentido, su derecho a probar la veracidad de sus alegaciones, con las que, es lógico pensar, pretendía desbaratar los cargos formulados en su contra.

50. De otro lado el derecho a la igualdad de armas, pretende garantizar la igualdad de las partes en la aplicación de las normas procesales, a efectos de asegurar a ambas partes en conflicto, en este caso denunciante y denunciado, gocen de los mismos medios de ataque y defensa, es decir de cargo y descargo; a efectos de garantizar el equilibrio entre ambos, de forma que dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación.

51. En este último caso se evidencia que la parte denunciante contó hasta con tres oportunidades válidas para reiterar los cargos formulados contra el denunciado, oportunidades con las que no contó éste, cuando evidentemente, frente a una denuncia de

SEGISMUNDO I. LEÓN VELASCO

JUEZ PENA Y TITULAR



parte, la declaración de descargo resulta de mayor importancia que la reiteración de los cargos formulados.



52. Si bien se ha constatado una deficiente investigación fiscal, debe tenerse en cuenta, conforme a lo declaración prestada por el señor Representante del Ministerio Público, obrante a fojas 99 y ss, que su despacho soporta una carga aproximada de setecientas denuncias que ingresan por turno, estando encargado de tramitar las denuncias con reos en cárcel, lo cual evidencia, una vez más, que la abultada carga procesal constituye una circunstancia que en mayor medida que en circunstancias normales, podría generar, como ha sucedido en el presente caso, afectación de derechos fundamentales, sin que se haya evidenciándose de lo actuado actitud dolosa alguna que requiera ser puesta en conocimiento del Ministerio Público, resultando inaplicable el artículo 8° del Código Procesal Constitucional.

#### RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO.-

En consecuencia, por los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, con el criterio de conciencia que la ley autoriza, e impartiendo justicia a nombre de la Nación, el suscrito Juez del Trigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima, **FALLA: DECLARANDO FUNDADA** La demanda constitucional de **HÁBEAS CORPUS**, interpuesto contra el señor Representante del Ministerio Público, doctor **SILVIO MÁXIMO CRÉSPOL HOLGUÍN**, Fiscal Provincial en lo Penal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, en tal sentido: se **DECLARA** insubsistente la formalización de denuncia realizada por el referido representante del Ministerio Público; se **DECLARA** nulas las actuaciones y resoluciones judiciales realizadas con posterioridad a la formalización de dicha denuncia; se **DISPONE** que el señor Juez del Sexto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, cumpla con devolver los actuados a que se refiere la citada denuncia a la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, la que posterior a los registros respectivos deberá remitir la misma a la oficina correspondiente a efectos que se distribuya a otra Fiscalía Provincial Especializada en lo Penal de Lima, la cual deberá sustanciar en el plazo más breve, y observando el debido proceso, la denuncia materia del presente pronunciamiento; **INAPLICABLE** el artículo octavo del Código Procesal Constitucional.

SEGISMUNDO I. LEÓN VELASCO  
JUEZ PENAL TITULAR

EDUARDO MEDINA BARRERO  
SECRETARIO (F)  
JUZGADO ESPECIALIZADO PENAL DE LIMA





- (1) Vladimiro Naranjo Mesa, Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogota, Colombia, 2000. Pag. 245.
- (2) Gregorio Badeni, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires Argentina, 2004. Pag. 340
- (3) Sobre el particular Gregorio Badeni, expresa que los objetivos que persigue el poder de policía, debe ser necesario para conseguir o mantener, en su caso: 1) El bienestar general, promoviendo el desarrollo material y espiritual de la comunidad, 2) establecer y preservar el orden, la paz, la dignidad y tranquilidad públicos, 4) proteger la salud pública, 5) defender la seguridad pública, etc. Op. Cit. Pag. 345.
- (4) Alberto M. Blinder, Introducción al Derecho Procesal Penal, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, Argentina, 1993. Pag. 37.
- (5) Francisco Muñoz Conde, Búsqueda de la verdad en el proceso penal, Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires – Argentina, 2000, Pag. 12
- (6) Artículo 1°.- El Ministerio Público es un organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, (...) la persecución del delito y la reparación civil (...).
- Artículo 11°.- El Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejerce de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular (...)
- Artículo 94°.- Inciso 2) (...) Si el Fiscal estima procedente la denuncia, puede, alternativamente, abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable o formalizarla ante el Juez Instructor (...)
- (7) Enrique Bacigalupo, Principios constitucionales de Derecho Penal, Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires, Argentina, 1999, Pag. 13.
- (8) Marcial Rubio Correa, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional". Fondo Editorial de la PUCP. Lima, Perú. 2005. Pag. 199.
- (9) En Christian Donayre Montesinos, El Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional, Jurista Editores, Lima – Perú, 2005, Pag. 160.
- (10) Reynaldo Bustamante Alarcón, Derechos Fundamentales y proceso justo, ARA Editores, Lima – Perú, 2001, Pag. 178 y ss
- (11) Reynaldo Bustamante Alarcón, Op.Cit. Pag. 181.
- (12) CIDH, Caso Baruch Ichver contra Perú, sentencia sobre el fondo, fundamento 102. Caso Tribunal Constitucional contra Perú, sentencia sobre el fondo, fundamento 69.
- (13) José Carlos Remotti Carbonell, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Editorial Moreno S.A., Lima- Perú, 2004, Pag. 372.



399  
as  
p

- (14) Ana Salado Osuma, Los casos peruanos ante la CIDH, Normas Legales Editora, Lima – Perú, 2003, Pag. 325, 326
- (15) STC, resolución del 15 de abril del 2002, recaído en el expediente N° 1268-2001 - H.C/TC
- (16) Resolución del 13 de diciembre del 2004, recaído en el expediente de H.C. N° 315-2004
- (17) CIDH; Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988.
- (18) José Cafferata Nores, Proceso Penal y Derechos Humanos, Editores del Puerto SRL., Buenos Aires – Argentina, 2000, Pag. 16
- (19) "...en otras palabras, la restricción arbitraria a los derechos humanos es aquella que, aun amparándose en la ley, no se ajusta a los valores que informan y dan contenido sustancial al Estado de Derecho". Comisión Andina de Juristas, Protección de los derechos humanos: Definiciones operativas, Lima, 1997 Pag. 39.
- (20) José Cafferata Nores, Op. Cit. Pag. 67.
- (21) Victor García Toma, Los Derechos Humanos y la Constitución, Editorial Gráfica Horizonte, Lima – Perú, 2001, Pag. 431.
- (22) Francisco Córdón Moreno, Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal, Editorial Aranzadi S.A. Navarra – España, 1999, Pag. 135

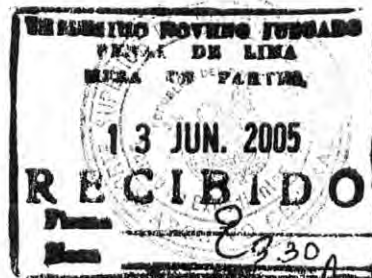
SEGUNDO I. LEON VELASCO

# ANEXO 23





MINISTERIO PÚBLICO  
PROCURADURÍA PÚBLICA



Exp. : 183-05 8Hábeas Corpus)  
Sec. : Medina  
Sumilla: APELACION DE SENTENCIA

**SEÑOR JUEZ DEL TRIGÉSIMO NOVENO JUZGADO PENAL DE LIMA**  
**ROLANDO A. MARTEL CHANG**, Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio Público, en el proceso de Hábeas Corpus que sigue Renne Quispe Silva a favor de FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY contra el Dr. Silvio Crespo Holguín, Fiscal de la Trigesimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima; a Usted respetuosamente digo:

Interpongo **RECURSO DE APELACION**, contra la sentencia dictada por su despacho, por no encontrarla arreglada a ley, según los fundamentos de hecho y derecho que a continuación expongo:

1.- En la sentencia, el Aquo ha amparado la demanda, concluyendo que *de lo actuado en la etapa prejurisdiccional, se evidencia afectación del derecho al debido proceso, al haberse limitado el derecho de defensa del denunciado. No habersele recibido su declaración indagatoria, no haberse dado fecha correcta para su informe oral y no haberse emitido pronunciamiento alguno sobre los medios de prueba de descargo ofrecidos por éste, restringiendo en este sentido, su derecho a probar la veracidad de sus alegaciones.*

2.- Respecto a no haberse recibido la indagatoria del accionante.-

2.1.- Las cuatro notificaciones cursadas al accionante, cuyos cargos corren en el Expediente N° 279-05; Sec. Quispe; 6° Juzgado Penal de Lima, acreditan que el Fiscal accionado citó al actor en cuatro oportunidades con dicho fin, no habiendo asistido a ninguna de dichas citaciones el demandante, lo cual desvirtúa este fundamento de la sentencia.







2.2.- En relació a este tema el Aquo tomando lo dicho por el actor ha señalado que existió solo una notificació vàlida.

2.3.- Discrepamos de dicho fundamento, y reiteramos que si para el actor y el Aquo es válida la 4ta. notificación que se realizó en el domicilio procesal señalado en autos, ello es, en la Casilla N° 4363 del Colegio de Abogados de Lima, también es válida la 2da. notificación que lo citó para el 06/04/05, pues fue realizada en la misma dirección, es decir, en la Casilla N° 4363 del Colegio de Abogados de Lima, conforme se constata de los cargos de notificación.

2.4.- Respecto a la notificaci3n que cita al actor para el 01/04/05 tambi3n es v3lida, porque el mismo d3a el accionante present3 un escrito en cuyo otros3 expres3 haber tomado conocimiento de la referida notificaci3n.

2.5.- Igual ocurre con la notificación que lo cita para su indagatoria el 20/04/05, porque con un escrito ingresado el mismo día en sede fiscal, en el punto 2 señala haber tomado conocimiento de dicha diligencia, solicitando su reprogramación.

2.6.- Pese a las reiteradas citaciones al accionante, èste nunca concurrió; màs aùn el hecho que la notificaciòn que lo citaba para el 6 de abril fuera recepcionada al dìa siguiente, constituyò una razòn para que el Fiscal señalara una nueva fecha para el 20/04/04, hecho que demuestra fehacientemente que en todo momento se respetaron las garantìas del accionante a un debido procedimiento.

2.7.- Por el contrario, pese a haberse reiterado al actor la notificación para el 20 de abril y posteriormente para el 05 de mayo y pese a que tuvo perfecto conocimiento de las mismas, nunca concurrió a las diligencias señaladas por el Fiscal accionado, lo cual enerva lo expuesto por el Aquo en relación a que no se le recibió su declaración indagatoria, pues está claro que el Fiscal lo citó en reiterada oportunidad y el actor no concurrió a ninguna.



437  
geeth  
hew  
wh

**3.- Respecto a no haberse dado fecha correcta para el informe oral y no haberse emitido pronunciamiento alguno sobre los medios de prueba de descargo ofrecidos por el accionante.-**

3.1.- Conforme corre de la investigación fiscal en el expediente N° 279-05, puede verificarse que el Fiscal accionado nunca negó al actor su derecho al informe oral, tal es así que lo citó para el 04/05/05, al cual no concurrió; no obstante encontrarse debidamente notificado, de lo cual obra constancia en la citada investigación. (2)

3.2.- Se cuestiona que la fecha para el informe oral se haya señalado para el 04 de mayo cuando aún no se había culminado el acopio de pruebas y no se había realizado la declaración indagatoria del actor.

Esta afirmación queda desvirtuada, porque el hecho de considerar que no se había culminado el acopio de pruebas no es facultad de la parte denunciada sino que es una atribución del Fiscal, no existiendo pruebas a actuarse cuando éste señaló fecha para el 04 de mayo de los corrientes.

Tampoco puede cuestionarse el hecho que la indagatoria del actor se realizaría el 05 de mayo, pues lo cierto es que el accionante tampoco concurrió a esta diligencia.

3.3.- Lo dicho, demuestra y evidencia que el actor siempre buscó alguna justificación para no concurrir a las diligencias programadas por el Fiscal accionado, tal es así que no obstante él mismo señalar expresamente a través de cada uno de sus escritos que tomó conocimiento de las fechas señaladas para estas diligencias, nunca concurrió, solicitando siempre una reprogramación de la misma.

**4.- Respecto a que se restringió el derecho de prueba del accionante.-**

4.1.- En el fundamento 37 de la apelada se ha dicho que la actuación de pruebas solicitadas por el accionante en su escrito del 09/05/05 requirió del Fiscal accionado un pronunciamiento respecto a su pertinencia y/o procedencia.



434  
WOS  
WOS  
WOS

4.2.- Corresponde a todo Fiscal en su calidad de titular de la acción penal, en el caso de formalización de denuncia penal reunir la prueba que estime suficiente.

5.- En el caso de autos, con la denuncia formalizada por el Fiscal emplazado, el Juez realizando el debido control de decisión fiscal mediante resolución 26/05/05 resolvió abrir instrucción contra el accionante por los delitos contra la fe pública – falsedad genérica – y contra la administración de justicia – fraude procesal – en agravio del Estado Peruano. Dicho proceso se tramita ante el 6º Juzgado Penal de Lima, Expediente N° 279-05; Sec.: Quispe.

6.- Lo argumentado revela que el argumento en análisis es inoponible al Fiscal demandado y que él se condujo conforme a las obligaciones que le señala la Constitución y la Ley Orgánica del Ministerio Público, lo cual enerva lo expuesto por el A quo respecto a que no se llevó una adecuada investigación preliminar o que el accionado dio más oportunidad a la parte denunciante durante su investigación.

7.- Por estas razones, pedimos que el Superior en grado realice el debido reexamen de la apelada y de los argumentos vertidos en el presente recurso y de nuestra contestación y, proceda a revocarla declarando infundada la demanda.

#### **NATURALEZA DEL AGRAVIO.-**

La apelada agravia el derecho del Fiscal accionado, pues no se ha evaluado lo argumentado en el escrito de contestación, transgrediéndose el debido proceso y el derecho de defensa del actor, lo que deberá superarse en instancia superior a efectos de revocar la recurrida y declarar infundada la demanda.

**POR TANTO:**



Pido a Usted, Señor Juez, conceder el recurso de apelación con efecto suspensivo, disponiendo la elevación de los autos para su debido pronunciamiento en instancia superior.



43x  
ceale  
tury  
cu

Lima, 13 de junio del 2,005



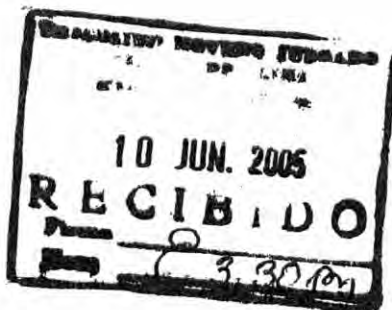
*[Signature]*  
Dr. *[Signature]* A. Martel Chang  
PROCURADOR PÚBLICO  
MINISTERIO PÚBLICO  
en CAL 13311

File: 2429-05/vdm



# ANEXO 24





499  
cuales  
mes

**SECRETARIO: Medina Bayeto.**  
**39° JUZGADO PENAL**  
**ACCION DE HABEAS CORPUS.**  
**SUMILLA: INTERPONE**  
**RECURSO DE APELACION DE**  
**SENTENCIA.**

**SEÑOR JUEZ DEL TRIGESIMO NOVENO JUZGADO  
ESPECIALIZADO EN LO PENAL DE LIMA.**

**SILVIO MAXIMO CRESPO HOLGUIN,**  
*Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía  
Provincial en lo Penal de Lima, en la  
Acción de Hábeas Corpus promovida por el  
Doctor Renee Quispe Silva, a favor del  
señor Fernando Cantuarias Salaverri, a  
usted digo:*

**I.- PETITORIO:**

*Que, al amparo del Art. 139° inc. 6° de la Constitución Política del Perú, en concordancia con el Art. 35° del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), recurro a su Despacho dentro del término de ley, a efectos de Interponer **RECURSO DE APELACION** contra la resolución expedida por su Judicatura con fecha 07 de junio del año en curso, y notificada al suscrito el 09 del mismo mes y año, mediante la cual Resuelve declarando Fundada la demanda Constitucional de Hábeas Corpus interpuesta contra mi persona, en calidad de Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima; Declara Insubsistente la formalización de denuncia y Nulas las Actuaciones y Resoluciones Judiciales realizadas con posterioridad a la formalización de denuncia; dispone que el señor Juez del Sexto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, devuelva los actuados a la 38° Fiscalía, y a su vez ser remitida para su redistribución; e Inaplicable el Art. 8vo. Del Código Procesal Constitucional; a fin de que la Instancia Superior la examine, y compulsando los errores de hecho y de derecho que contiene, la revoque y reformándola declare, improcedente la demanda de hábeas corpus.*

Silvio Maximo Crespo Holguin  
Fiscal Provincial Titular  
38° FISC. PROV. PENAL-LIMA

## II.- ANTECEDENTES:

Que, los hechos materia de la presente Acción Constitucional, tienen su origen en la denuncia que ingresara a la Fiscalía Provincial a mi Cargo, durante el Turno realizado entre el 24 y 31 de enero del presente año, y que mereció el siguiente orden procesal:

- 1.- Con fecha 27 de enero del año en curso, ingresó a través de Mesa de Partes Unica de las Fiscalías Provinciales Penales de Lima, una denuncia de parte interpuesta por la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. contra la persona de Fernando Cantuarias Salaverry, por los delitos contra la Fe Pública en su modalidad de Falsedad Genérica, y contra la Administración de Justicia en su modalidad de Fraude Procesal
- 2.- Con fecha 11 de febrero del mismo año se dispuso abrir Investigación Fiscal, citándose en primer orden al Representante Legal de la firma denunciante, con el objeto de prestar su declaración indagatoria, la misma que se llevó a cabo luego de una solicitud de postergación.
- 3.- Durante la investigación se citó a la parte denunciada hasta en cuatro oportunidades para prestar su declaración indagatoria, y efectuar sus descargos en dicho acto, sin concurrir a ninguno de los mismos.
- 4.- Igualmente se citó a su Abogado Defensor, a su solicitud a efectos de Informar Oralmente, quien tampoco concurrió a la diligencia programada.
- 5.- Después de haber agotado los requerimientos, y haberse reunido indicios razonables de la comisión de los delitos imputados, que merecían fundadamente promoverse la acción penal, mi Despacho después de haber transcurrido más de tres meses formulo denuncia penal, solicitando al Organo Jurisdiccional abrir proceso penal, para llevarse a cabo una prolija investigación en instancia judicial.

## III.- FUNDAMENTOS DE HECHO DEL MEDIO DE IMPUGNACION:

### Errores de Derecho



2/10  
guala  
den

Silvia Márquez  
Fiscal Provincial Titular  
3er. PISO. PRON. PENAL-LIMA

ia del Principi

*Así mismo, ha omitido analizar la antijuridicidad e ilegitimidad de la conducta acusada de lesiva al derecho en juego, asignándole un carácter lesivo sin que concurren los elementos esenciales fijados por la norma constitucional para la procedencia del Proceso Constitucional de Hábeas Corpus.*

*El debido proceso, como garantía de la función jurisdiccional, es “la institución del Derecho Constitucional Procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que siempre debe reunir*



todo proceso judicial jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia, razonabilidad y legitimidad del resultado socialmente aceptable<sup>1</sup>.



412  
Mesa  
de

En la Constitución Política del Perú los elementos esenciales se encuentran enunciados enumerativa, pero no limitativamente, en los distintos incisos de su artículo 139° y en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, los consagra el artículo 8° de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

### **El Derecho al Debido Proceso**

Ello no obstante, la definición no agota sino uno de los aspectos del debido proceso y se hace necesaria una aproximación desde el Derecho Constitucional Humanitario, que el emérito Germán J. Bidart define así:

"Con tales prolegómenos estamos en mejor condición para aclarar ahora porqué utilizamos -por primera vez- la denominación de derecho constitucional "humanitario". No es un plagio que le hacemos al derecho humanitario como especie del derecho internacional. ¿Qué quiere describir el adjetivo?

Por lo pronto, se incardina en el concepto del estado democrático y del estado social. Y la inserción en ese marco nos lleva a suponer que para ser efectivamente democrático y social el estado debe organizarse "humanitariamente". Expresado de otro modo: el derecho constitucional (que es el que proporciona organización y existencia a todo estado, de cualquier índole que sea) requiere que en la democracia social pueda calificarse de derecho constitucional humanitario."<sup>2</sup>

En tal virtud, vista desde la perspectiva del procesado o justiciable, la garantía jurisdiccional del debido proceso se transforma en un derecho fundamental de manifestación dual, sustantiva y adjetiva. De

tal suerte que el debido proceso sustantivo será la potestad de exigir una solución razonable en el proceso, legítima en los valores esenciales y socialmente aceptable, que agote el principio de razonabilidad y cumpla de modo adecuado con la controversia planteada<sup>3</sup>. Y el debido proceso adjetivo o procesal puede ser definido como la potestad que titula legítimamente a toda persona para exigir válidamente, siempre y en todo momento, la presencia del conjunto mínimo de elementos que deben necesariamente aglutinarse en cualquier clase de proceso o procedimiento para hacer posible la aplicación de justicia en el caso concreto.<sup>4 5</sup>

### **La Garantía de Doble Dimensión de los Derechos Fundamentales y el Debido Proceso**

La doctrina contemporánea de los derechos fundamentales es consistente y homogénea en sostener que se rigen por el principio de la doble dimensión, de tal suerte que se entienda claramente que éstos cuentan con un doble ámbito en su contenido constitucionalmente protegido. Esos dos ámbitos pueden ser definidos de la siguiente manera:

"...uno subjetivo, que contiene todas las facultades de acción que el derecho reserva a su titular y que por tanto exige la abstención por parte del poder público; y otro objetivo o institucional que contiene la obligación del poder público de realizar acciones positivas necesarias a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales en el plano de la realidad."<sup>6</sup>

Es así como podemos sostener que "La libertad individual exige, de otra parte, condiciones de vida institucionalmente garantizadas, y, por consiguiente, el aspecto institucional de los derechos fundamentales y también los conjuntos normativos que los enriquecen. Estos dan a la

3

4

5

6



413  
with  
tree

Simón Nazario Céspedes Holguín  
Fiscal Provincial Titular  
38° FISC. PROX. PENAL-LIMA

libertad dirección y medida, garantía y seguridad, contenido y obligación. Sin conjuntos normativos la espontaneidad del individuo permanecería ineficaz, en un espacio vacío de Derecho."<sup>7</sup>

414  
www  
ca  
G  
B



Y es apuntando en esa dirección que debe comprenderse el derecho al debido proceso, con lo que resulta que más que un deber de abstención del poder estatal respecto del justiciable o procesado, es un mandato de conducta impuesto al Estado para que verifique una serie de prestaciones a favor del justiciable o procesado.

### **La Delimitación del Contenido Constitucionalmente Protegido de los Derechos Fundamentales**

Los derechos fundamentales no pueden ser apreciados apropiadamente desde su tipo abstracto —conceptualmente previo al momento legislativo— que parte de la Constitución y se desarrolla en las normas contenidas en las disposiciones legales inferiores, sino que alcanzan concreción en cada caso específico. De tal suerte que puede afirmarse con el profesor Castillo Córdova que:

“...los derechos fundamentales cuentan con un “único” contenido, el cual vincula en su totalidad al poder público en general y al legislador en particular: contenido que empieza a formularse desde la norma constitucional pero que necesita de las concretas circunstancias para su total definición en cada caso concreto, de modo que no existe un único y predeterminado para siempre contenido de un derecho fundamental.”<sup>8</sup>

Esta no es una concepción arbitraria y mucho menos una interpretación destinada a recortar los derechos fundamentales, sino un imperativo jurisprudencial impuesto por el supremo intérprete de la Constitución, que ha sido consistente y enfático en señalar que:

Silvio Máximo Crespo Holguín  
Fiscal Provincial Titular  
38° FISC. PROV. PENAL-LIMA



415-7  
que  
gule

"5. Como todo derecho fundamental, el de la libertad personal tampoco es un derecho absoluto, pues como establecen los ordinales a) y b) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, aparte de ser regulados, pueden ser restringidos o limitados mediante ley. Ningún derecho fundamental, en efecto, puede considerarse ilimitado en su ejercicio. Los límites que a éstos se puedan establecer pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, los límites extrínsecos, son aquellos que se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales.

Es por esa razón que la sentencia impugnada incurre en error de derecho al fundar su argumentación en una apreciación y delimitación del derecho al debido proceso únicamente desde el tipo abstracto del derecho en cuestión, sin descender a analizar los elementos propios del caso concreto, renunciando injustificadamente, de ese modo, a valorar que la conducta del recurrente ha correspondido adecuadamente a la conducta desarrollada por el demandante en el curso de la investigación que se ha ordenado culminar.

El análisis abstracto del contenido constitucionalmente protegido de un derecho conllevaría inexorablemente a la culminación de todo acto de poder —sea éste de policía o no—, pues siempre comportará una limitación al derecho en juego. De esa forma, todo proceso constitucional debería encontrar inevitablemente una sentencia fundada. Y ese no es el objeto de los procesos constitucionales, en tanto instrumentos artificiales y técnicos destinados a la aplicación del derecho constitucional al caso concreto<sup>9</sup>. Siempre y en todo momento será necesario que el juicio a realizar sobre la conducta denunciada como lesiva al derecho fundamental se funde en el análisis del caso concreto y compulse adecuadamente los elementos que le dan forma.



## La Conducta Obstruccionista del Investigado



418  
over  
over

En ese sentido, es menester analizar la conducta desarrollada por el reclamante en el curso del procedimiento de investigación fiscal, su renuencia a colaborar para el logro de los fines del procedimiento en sí — que es el acopio de los elementos que indiquen la existencia o no de una conducta que pueda ser objeto de juzgamiento por la jurisdicción especializada en lo penal- y la manifestación en hechos positivos de una conducta destinada a obstruir el desarrollo del procedimiento propiamente dicho. (2)

El Tribunal Constitucional ha sido sumamente claro en determinar que de ninguna manera es posible analizar un caso concreto de limitación de la libertad individual sin prestar atención a la conducta del imputado. Y es así como el supremo intérprete de la Constitución ha sostenido firmemente.

En este orden de ideas, podría meritarse como defensa obstruccionista todas aquellas conductas intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, sea la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, sea las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvien el adecuado curso de las investigaciones, entre otros. En todo caso, corresponde al juez penal demostrar la conducta obstruccionista del procesado.<sup>10</sup>

La sentencia impugnada, en su Fundamento 32, precisa con claridad que el investigado fue repetidamente citado por el recurrente, a fin de que cumpliera con prestar su declaración indagatoria y que, ante esos requerimientos y pese a haber operado el principio procedimental de

convalidación -según el cual toda causal de nulidad o invalidez desaparece si el acto cumple sus fines y eso se desprende de la conducta del procesado-, persistió en sustraerse a su deber de colaboración para la apropiada y pronta determinación de los hechos materia de investigación, sin embargo con fecha 06 de mayo presentó su escrito de descargo, configurándose con ello el perfil exacto de la conducta obstruccionista y habilitando al recurrente para que, legítimamente y en uso de las atribuciones que la Constitución Política y la Ley Orgánica del Ministerio Público en su artículo 94 inc.2 le confiere, procediera a la correspondiente formalización de la denuncia penal.

#### **Ausencia de Acto Lesivo**

La actuación del recurrente no ha constituido un acto lesivo al derecho fundamental al debido proceso del demandante, pues no ha negado a éste el acceso a ninguno de los elementos esenciales que conforman su contenido constitucionalmente protegido. Pues, en este efecto es necesario recordar que todo proceso constitucional de hábeas corpus requiere, como presupuesto para su procedencia, de un acto lesivo, entendido éste como la acción en sentido lato -es decir acto u omisión- de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace la libertad individual. Lógicamente, el acto lesivo para ser tal necesita una exteriorización de la voluntad -de modo activo o pasivo- que tenga carácter antijurídico -por ilegalidad o arbitrariedad manifiesta- destinada a afectar ilegítimamente el contenido constitucionalmente protegido de la libertad individual.


Conforme ha sido dicho, el acto desarrollado por el recurrente no puede ser imputado de lesivo porque no fue ni antijurídico ni ilegítimo, tanto

Silvia SANCHEZ C. Inga  
Fiscal Provincial Titular  
38° EBC. PROV. PENAL-LIMA



417  
no es

3

  
19  
490  
Eusebio  
Alvarez

más que fue amparado por el Organo Jurisdiccional, específicamente por el Sexto Juzgado Penal de Lima, al aperturar proceso de instrucción contra el denunciado Fernando Cantuarias Salaverry, y en cuyos considerandos para decretar la medida de coerción precisa: "Que para los efectos de dictarse el mandato coercitivo en el presente proceso es necesario tener en cuenta que el procesado al efectuar su defensa en etapa preliminar ha contado con todas las garantías necesarias para hacer valer su derecho a la defensa aportando las pruebas necesarias a fin de no quedar en estado de indefensión...". Al efecto, resulta indispensable apelar a las definiciones propias de los términos expresados, de tal suerte que antijurídico es aquello que va contra el Derecho<sup>11</sup> e ilegítimo es lo que carece de legitimidad, o sea de conformidad con la ley, la justicia, la razón o las reglas establecidas<sup>12</sup>.

Atendiendo a esas definiciones, es preciso señalar que la conducta reclamada no solamente ha sido jurídicamente aceptable, sino conforme a la razón de los hechos desarrollados en el curso de la investigación, habida cuenta de la conducta obstruccionista desarrollada por el investigado dentro del procedimiento mismo.

#### **Ausencia de Arbitrariedad**

La conducta reclamada no ha sido acusada de ilegalidad manifiesta, por lo que su carácter antijurídico solamente puede reposar en la arbitrariedad que puede haber contenido. Para el efecto, debe acreditarse —como la sentencia no lo hace— que se trató de un acto, conducta, proceder contrario a lo justo, razonable, legal, inspirado sólo por la

11

12

Shirley Múgica - Jueza  
Fiscal Provincial Titular  
38° FISC. PROV. PENAL-LIMA



voluntad, el capricho o un propósito maligno, con abuso de poder, fuerza, facultades o influjos<sup>13</sup>.



4/19  
que se  
debe  
n

Y es allí donde radica la gran debilidad de la sentencia que se impugna, porque no materializa una declaración de certeza que tenga razonabilidad y explicitud en sus fundamentos<sup>14</sup>, de tal suerte que no es posible acceder al esquema de razonamiento en la aplicación de la ley que ha seguido el Juez de la causa para determinar el carácter antijurídico de la conducta reclamada en este caso concreto.

Tal como ha sido dicho, la formalización de la denuncia penal se produjo por efecto del registro y determinación por el recurrente de una conducta obstruccionista por parte del investigado, que habilitó el recurso a la atribución de formalizar la denuncia penal ante el órgano jurisdiccional. Es así, entonces, que no se trató de un proceder caprichoso, sino el resultado razonable de un juicio sobre el proceder violatorio del deber de lealtad para con el magistrado y el propósito ilegítimo e ilegal de dilatar injustificadamente la determinación del carácter penal de la conducta imputada al sujeto investigado.

#### **Ausencia de Ilegitimidad**

Tal como ha sido expresado líneas arriba, la ilegitimidad es la carencia de apego a la ley, la justicia, la razón o las reglas establecidas. No es violatorio del derecho a la presunción de inocencia el empleo de la prueba indiciaria, como corolario de una actividad probatoria mínima. (5)

13

14

Silvia Martínez y Céspedes Helguera  
Fiscal Provincial Titular  
38º FISC. PROV. PENAL-LIMA



420  
Cuestión  
Viva

En ese sentido, es preciso comprender que la prueba indiciaria tiene naturaleza discursiva e indirecta, pues se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta, que tiene como una de sus premisas, una regla de experiencia o una regla técnica o una regla natural; la otra premisa, el juicio que refleja el significado del indicio y como conclusión el juicio que expresa el significado ya identificado del otro dato descubierto, que era la incógnita del problema<sup>15</sup>.

Al efecto, resulta determinante analizar el conjunto de medios probatorios acopiados durante el procedimiento de investigación, que a juicio del recurrente acreditaban la comisión de los delitos denunciados, los cuales debían ser sumados a la conducta obstruccionista del investigado, caracterizada por la persistencia en procurar la indebida dilación del procedimiento y el abuso del derecho a la defensa, de tal manera que se levantara una barrera que impidiera la producción del resultado final y necesario de la investigación fiscal: la determinación de las implicancias penales de una conducta denunciada como delictiva.

## **2.- Segundo Error de Derecho: Inaplicación del Principio de Razonabilidad**

El Tribunal Constitucional, tal como ha sido acreditado con las citas hechas de su jurisprudencia, ha aceptado la existencia del principio constitucional implícito de razonabilidad en la actuación de los órganos estatales, de tal forma que la validez de las actuaciones estatales que limiten los derechos fundamentales y, en particular, los de la libertad personal, dependa de que se encuentren conformes con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Lo que equivale a decir que para juzgar

el comportamiento del recurrente debió aplicarse siempre un método de enjuiciamiento que analizara la constitucionalidad del fin perseguido, la racionalidad de la medida elegida y la proporcionalidad de la decisión adoptada.



13  
422  
Que a  
Vulcan

### **Elementos del Principio de Razonabilidad**

En tal virtud, es necesario señalar que el principio de razonabilidad obliga a que sean practicados los juicios de adecuación o idoneidad, de necesidad o indispensabilidad y de proporcionalidad.

### **El Juicio de Adecuación o Idoneidad**

El juicio de adecuación o idoneidad requiere: a) la existencia de un fin, b) la constitucionalidad del fin, y c) la relevancia social del fin<sup>16</sup>. En el caso concreto, las finalidades del recurrente fueron llevar adelante la conducción desde su inicio de la investigación del delito y ejercitar la acción penal a petición de parte, con lo que se acredita la existencia de unos fines concretos. Estos, a su vez, se encuentran establecidos en los incisos 4 y 5 del Artículo 159° de la Constitución Política del Perú, por lo que innegablemente eran constitucionales. A lo que debe agregarse que la persecución del delito es un fin socialmente relevante, a fin de asegurar una adecuada vida en comunidad y la paz social. En consecuencia, la actuación del recurrente supera holgadamente el juicio de adecuación o idoneidad.

### **El Juicio de Necesidad o Indispensabilidad**

Señor Ministro  
Fiscal Provincial Titular  
38° FISC. PROV. PENAL-LIMA

El juicio de necesidad o indispensabilidad examina si la medida adoptada es la menos restringente de las normas iusfundamentales de entre las igualmente eficaces. Para ello, es necesario proceder a analizar dos problemas puntuales: a) el juicio de eficiencia, y b) la elección de la medida necesaria<sup>17</sup>.

La plena operatividad de los derechos fundamentales, el principio de doble dimensión de éstos, la sustitución del juicio de necesidad por el de razonabilidad, el carácter de normas-principio de los derechos fundamentales y la tarea valorativa de la función jurisdiccional determinan la aplicación del juicio de necesidad o indispensabilidad.

En tal virtud, el juicio de eficiencia debe ser entendido como uno de comparación, primero, entre cada medio y el fin y, segundo, entre el medio y los medios alternativos. El medio empleado, la formalización de la denuncia aplicando como prueba indiciaria la conducta obstruccionista del investigado, a partir del conjunto de elementos que permitían apreciar la existencia de una conducta penalmente relevante, guarda perfecta relación con los fines constitucionales perseguidos y que han sido materia de análisis en el punto precedente. Y, no residiendo en el Ministerio Público poderes de detención o arresto u otros de conducción compulsiva, el empleado por el recurrente devenía, de entre todos los medios apropiados para lograr los fines constitucionales perseguidos, el único eficiente para su obtención.

De ese modo, la medida necesaria fue elegida por ser la única viable para lograr el fin constitucionalmente perseguido y porque constituía, en y por sí, una restricción mínima del derecho en juego, puesto que el ingreso al



proceso penal aseguraría, feliz e inevitablemente, el derecho de defensa del investigado, el cual podría hacer uso irrestricto de él en todas y cada una de las fases que componen el contradictorio penal. En ese sentido, la medida necesaria elegida supera el juicio de eficiencia que impone el principio de razonabilidad.

### **El Juicio de Proporcionalidad**

El juicio de proporcionalidad consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar<sup>18</sup>. Al efecto es necesario tener presente que se trata de un balanceo entre las ventajas y las desventajas de la medida.

La desventaja, en este caso concreto, era someter el procedimiento a una dilación indebida, como producto de una conducta obstruccionista del investigado, frustrando injustificadamente el derecho del agraviado a la verdad, que el Tribunal Constitucional ha interpretado como derivado del fin constitucional de defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, de la forma republicana de gobierno y del estado social y democrático de derecho.

La ventaja era que la formalización de la denuncia penal, habida cuenta de la existencia de elementos suficientes para crear convicción sobre la comisión del delito denunciado y la prueba indiciaria formada a partir de la conducta obstruccionista del investigado, abriría la puerta a un proceso penal, el cual por mandato constitucional aseguraba al denunciado una gama completa y firme de garantías mínimas, reconocida por el ordenamiento constitucional y legal, así como por el complejo de tratados



internacionales sobre derechos humanos, de los que el Perú es Estado Parte, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, integrados a nuestro derecho nacional en virtud del Artículo 55° de la Constitución Política del Perú.



429  
Caso de  
verdad

### ***Naturaleza del Agravio de la Resolución Apelada***

La sentencia apelada constituye un peligroso precedente que, lejos de custodiar el contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso, tutela indebidamente las actuaciones injustificadamente dilatorias por parte de los investigados y protege la conducta procesal obstruccionista, contraviniendo la jurisprudencia de observancia obligatoria establecida por el Tribunal Constitucional, en su labor de supremo intérprete de la Constitución.

### **IV.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

- 1.- Constitución Política del Perú  
Art. 139° inc. 6° - Pluralidad de Instancias.
- 2.- Código Procesal Constitucional.  
Art. 35° - Plazo para el Recurso de Apelación.

### **POR TANTO:**

Al Tigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Penal de Lima solicito que tenga por presentado este escrito con sus copias y por interpuesto el recurso de apelación que contiene, elevando los actuados al órgano jurisdiccional superior, a fin de que luego de analizar los errores de derecho contenidos en la sentencia, expida resolución revocándola totalmente y reformándola declare improcedente la demanda de hábeas

Sin embargo de lo  
Fiscal Provincial Titular  
38° FISC. PROV. PENAL-LIMA

corpus, por la inexistencia del acto lesivo denunciado.

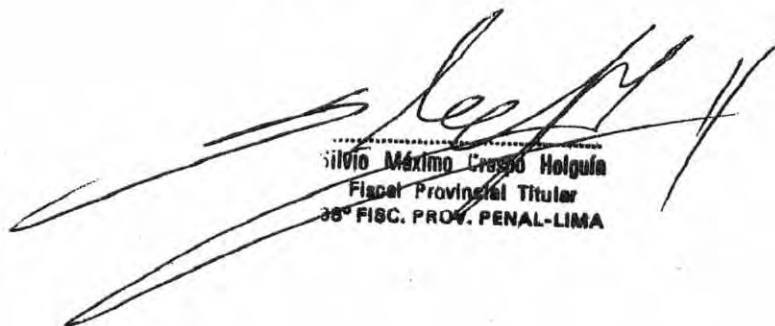


17  
428  
Cuevas  
Vargas

**ANEXOS:**

- 1.- Copia de Auto Apertorio de Instrucción expedido por el Sexto Juzgado Penal de Lima.

Lima, 10 de Junio de 2005.



Silvio Máximo Crespo Holguín  
Fiscal Provincial Titular  
36° FISC. PROV. PENAL-LIMA

# ANEXO 25





**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA**  
**CUARTA SALA ESPECIALIZADA EN LO PENAL PARA PROCESOS CON REOS LIBRES**

**S.S. CARRASCO NAVARRO.**  
**IZAGA PELLEGRIN.**  
**CHAMORRO GARCÍA.**

**Exp. N° 039-05 H.C.**

Lima, diecinueve de julio  
del año dos mil cinco.-

**VISTOS:** En Audiencia Pública el proceso relacionado con la demanda de Hábeas Corpus, interpuesta por Renee Quispe Silva en favor de Fernando Cantuarias Salaverry, contra el doctor Silvio Máximo Crespo Holguín, Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial de Lima, **Oídos los informes orales y el informe sobre hechos** según constancia de fojas cuatrocientos setentacinco, teniendo como Vocal Ponente a la señora Izaga Pellegrin.

**MATERIA DEL RECURSO:**

La sentencia expedida con fecha siete de junio del dos mil cinco, obrante de fojas trescientos ochentiocho a trescientos noventa y seis, que Falla: Declarando fundada la demanda constitucional de Hábeas Corpus interpuesto contra el representante del Ministerio Público, doctor Silvio Máximo Crespo Holguín, Fiscal Provincial en lo Penal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, en tal sentido insubsistente la formalización de la denuncia realizada por éste, que declara nulas las actuaciones y resoluciones judiciales efectuadas con posterioridad, disponiendo que el Juez del Sexto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, cumpla con devolver los actuados a la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, para que oportunamente se distribuya la denuncia a otra Fiscalía, e inaplicable el artículo octavo del Código Procesal Constitucional.

**CONSIDERANDO:**





**PRIMERO.-** Las acciones de garantía tienen como objeto básico y fundamental, el reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, siendo el caso de autos, que está referido a una presunta grave amenaza del derecho a la libertad personal del favorecido, así como a la vulneración de su derecho a la tutela procesal efectiva – violación al derecho de defensa – y al debido proceso, derechos fundamentales que se encontrarían protegidos por la Acción de Hábeas Corpus.

**SEGUNDO.-** El Hábeas Corpus es una garantía de trámite inmediato y que se encuentra vinculada en esencia, con la protección de la libertad individual de la persona humana, a fin de resguardarla de actos coercitivos practicados por cualquier persona o entidad, de cualquier rango, jerarquía o competencia y que vulneren dicho derecho fundamental, cuando ellos aparezcan realizados de manera arbitraria, inmotivada, por exceso y/o de manera ilegal.

**TERCERO.-** Es así que nuestra Constitución Política del Estado, la recoge en el inciso primero del artículo doscientos, señalando que la acción de Hábeas Corpus: **"(...) procede ante un hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos."**; es decir, el objeto de esta acción de garantía se circunscribe a la protección de la libertad individual de toda persona, que ve amenazado o vulnerado dicho derecho; y constituyendo además la tutela procesal efectiva y el debido proceso atribuciones que se encuentran conexas a la libertad individual, tenemos que su protección vía el presente proceso se hace palpable con lo estipulado en el artículo veinticinco del Código Procesal Constitucional puesto en vigencia mediante Ley Veintiocho mil doscientos treintisiete, de fecha treintuno de mayo del año dos mil cuatro.

**CUARTO.-** La decisión de fondo en la acción como la que es materia de esta causa, es la de establecer la violación de un derecho constitucional y en caso de ser así, en la de obtener la respuesta protectora del órgano jurisdiccional, para lo cual los presupuestos procesales que deben concurrir son: a) Certeza del derecho que se busca proteger, b) Actualidad de la conducta lesiva, c) Carácter manifiesto de la



arbitrariedad de esa conducta, y d) Naturaleza constitucional de los derechos afectados.

**QUINTO.-** En el presente caso, la pretensión del demandante se delimita a obtener del órgano constitucional el cese a la amenaza de la libertad individual de su patrocinado Fernando Cantuarias Salaverry, así como la reposición de los hechos al estado anterior de la violación de la tutela procesal efectiva y el debido proceso, que se habrían generado como consecuencia de la denuncia planteada contra el favorecido por la Compañía de Exploraciones Algamarca Sociedad Anónima, por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal, la misma que ha sido formalizada por el Fiscal demandado, con fecha diez de mayo del año en curso. Planteando de este modo las modalidades de habeas corpus preventivo y habeas corpus reparador establecidas por el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente número dos mil seiscientos sesentitrés guión dos mil tres HC/TC del veintitrés de marzo del dos mil cuatro.

**SEXTO.-** Al respecto resulta necesario consignar los fundamentos en que se sustenta la denuncia fiscal cuestionada, cuya copia certificada corre de fojas doscientos setentiséis a doscientos setentiocho, así tenemos que en ella se relata que la empresa "Compañía de Exploraciones Algamarca Sociedad Anónima" y "Minera Sulliden Shahuindo Sociedad Anónima Cerrada" ingresaron a un Proceso Arbitral, sometiéndose a la competencia del Tribunal integrado por el favorecido y los árbitros Jorge Santistevan de Noriega y Víctor Avila Cabrera; siendo que en el transcurso de dicho proceso la primera empresa planteó recusación contra Cantuarias Salaverry, ante lo cual éste realiza su descargo señalando "que una empresa ajena a las de la controversia, contrata los servicios de un bufete de abogados, al cual presta sus servicios, siéndole designada la defensa de la misma, denominada Compañía Minera Poderosa Sociedad Anónima", asegurando que tal defensa la ejerció de manera transitoria, alejándose en forma definitiva del Estudio de su padre en el año de mil novecientos noventiséis, y que con la persona de Enrique Lastres Berninson sostuvo una relación profesional indirecta, referida a la precitada defensa, la cual concluyó al término de aquella; sin embargo, con el acta de constatación notarial se determina que éste, no ha prestado servicios en el Estudio de su señor padre Fernando Cantuarias Alfaro, sino que ha formado parte del mismo en calidad de socio, teniendo una



participación mayor en la sociedad denominada Cantuarias Garrido Leca & Mulanovich Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada, alejándose de la verdad cuando refiere que se había desvinculado de dicha persona jurídica en el año mil novecientos noventiséis. Poniéndose de manifiesto la relación entre el denunciado y Lastres Berninson, al haber sido éste último accionista y directivo de la Compañía Minera Poderosa, la misma que contratara los servicios profesionales del Estudio jurídico antes glosado, ejerciendo de este modo la co-defensa de dicha compañía minera en el proceso seguido con la firma Minero Pataz EPS, además que Lastres Berninson es actualmente Vicepresidente de la Minera Sulliden Shahuindo Sociedad Anónima Cerrada, persona jurídica que sigue el proceso arbitral en la que se ha planteado la recusación controvertida; de lo que se aprecia que el favorecido no solamente habría omitido comunicar de los vínculos mencionados, a las partes y demás miembros del Tribunal Arbitral, sino que además con los datos falsos proporcionados indujo a error a dicho tribunal para obtener una resolución contraria a ley.

**SÉPTIMO.-** Ahora bien, el A quo señala al amparar la demanda interpuesta a favor Fernando Cantuarias Salaverry, que efectivamente en la etapa prejurisdiccional se ha evidenciado la afectación del derecho al debido proceso, pues, el representante del Ministerio Público al no recibir su declaración indagatoria, ni haberle dado fecha correcta para su informe oral, así como haber omitido pronunciamiento sobre los medios probatorios de descargo, ha vulnerado su derecho de defensa y a probar la objetividad de sus alegaciones, lo que nos indica que a su criterio se configuraría el habeas corpus reparador demandado.

**OCTAVO.-** Sin embargo, efectuando la evaluación de los medios probatorios incorporados a la sumaria investigación, como son las copias de la denuncia y las actuaciones preliminares obrantes de fojas ciento cuatro a doscientos setentiocho, así como las declaraciones del accionado y del favorecido, obrantes a fojas noventa y nueve y trescientos cincuenta y nueve, respectivamente; advertimos que el **debido proceso y la tutela procesal efectiva** no han sido conculcados por el Fiscal demandado, debido a que una vez que recibió la denuncia de la Compañía de Exploraciones Algamarca Sociedad Anónima, éste dispuso la realización de diversas diligencias, entre ellas la declaración indagatoria del denunciado Cantuarias Salaverry dispuesta mediante



7.  
cuando  
se  
reunieron



resolución de fojas ciento noventinueve, notificándosele con tal fin para los días primero, seis y veinte de abril, así como para el cinco de mayo del año en curso, como se desprenden de los cargos de notificación obrantes en autos. Aunado a ello, tenemos que éste se apersono a la precitada investigación con su escrito de fojas doscientos cinco de fecha treintiuno de marzo pasado, además de que a través de su abogado defensor solicito informe oral según aparece de fojas doscientos veintisiete, pedido que fuese admitido por el demandado, además de haber realizado su descargo por escrito como emerge de fojas doscientos cincuentiocho a doscientos sesentiocho, lo que nos indica que al denunciado Cantuarias Salaverry no se le ha violentado su derecho de defensa. Además que si bien entre las fechas programadas para la indagatoria de éste, no habría mediado setentidós horas de anticipación, también es verdad, que tenía pleno conocimiento de dicha diligencia, como se desprende de los diversos escritos donde incluso solicita su postergación en forma reiterada, todo lo cual nos permite inferir que el único fin que tenga la presente demanda es dilatar innecesariamente la tramitación de la denuncia fiscal de fojas doscientos setentiséis.

**NOVENO.-** En este orden de ideas, estimamos necesario puntualizar que constituyendo la **Denuncia** una prerrogativa que tanto la Constitución Política del Estado (artículos ciento cincuentiocho y ciento cincuentinueve) como la Ley Orgánica del Ministerio Público (artículos once y doce), le confiere al Fiscal Provincial en lo Penal para plantearla ante el órgano jurisdiccional o denegarla, y al no encontrarse regulado un procedimiento especial como para llegar a determinar que ha existido la vulneración del debido proceso, colegimos que en el presente caso, al existir participación del favorecido en la etapa pre judicial, tanto a través de su abogado defensor como directamente, la sentencia recurrida merece ser revocada. Debiéndonos referir también a que de los medios probatorios obtenidos en el transcurso del proceso no se ha llegado a establecer la presunta amenaza a la libertad individual del favorecido, y que constituye una de las pretensiones del demandante.

Por estas consideraciones, no habiéndose acreditado los fundamentos de las pretensiones demandadas, de conformidad con lo establecido en el inciso veinticuatro del artículo segundo de la Carta Magna que concuerda con el numeral treintiséis del Código Procesal Constitucional;





**FALLO:**

**REVOCARON** la sentencia emitida con fecha siete de junio del año en curso, obviando de fojas trescientos ochentiocho a trescientos noventa y seis, que Falla: Declarar fundada la demanda constitucional de Hábeas Corpus interpuesto contra el representante del Ministerio Público, doctor Silvio Máximo Crespo Holguín, Fiscal Provincial en lo Penal de la Trigesima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, en tal sentido insubsistente la formalización de la denuncia realizada por éste, declara nulas las actuaciones y resoluciones judiciales efectuadas con posterioridad disponiendo que el Juez del Sexto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con devolver los actuados a la Trigesima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, para que oportunamente se distribuya la denuncia a otra Fiscalía, e inaplicar el artículo octavo del Código Procesal Constitucional; **REFORMÁNDOLA:** Declarar **INFUNDADA** la demanda constitucional de Hábeas Corpus promovida contra el representante del Ministerio Público, doctor Silvio Máximo Crespo Holguín, Fiscal Provincial en lo Penal de la Trigesima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, notificándose y los devolvieron.-

*[Handwritten signatures]*

*[Handwritten signature]*  
Jalla L. Jalla Dargan  
SECRETARIA  
*[Handwritten signature]*

# ANEXO 26



PODER JUDICIAL  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
CUARTA SALA ESPECIALIZADA EN LO  
PENAL PARA PROCESOS CON REOS LIBRES



1

484  
cuatrocientos ochenta y cuatro

05 AGO 12 AM 9 12

Exp. 39-2005 H.C.

Interpone recurso de agravio constitucional

MESA DE PARTES  
RECIBIDO

SEÑOR PRESIDENTE DE LA CUARTA SALA PENAL DE LIMA PARA PROCESOS  
CON REOS LIBRES

**FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY**, en la  
acción de Hábeas Corpus interpuesta  
contra el Dr. Silvio Máximo Crespo Holguín,  
Fiscal de la 38ª Fiscalía Provincial Penal de  
Lima, a usted atentamente digo:

**INTERPONGO recurso de agravio constitucional<sup>1</sup>** contra la resolución que  
REVOCA la sentencia emitida con fecha siete de junio del año en curso,  
que declara fundada la demanda constitucional de HABEAS CORPUS  
interpuesto contra el señor Representante del Ministerio Público, doctor  
Silvio Máximo Crespo Holguín, Fiscal Provincial en lo Penal de la Trigésima  
Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, en tal sentido  
insubsistente la formalización de denuncia realizada por éste, que  
declara nulas las actuaciones y resoluciones judiciales realizadas con  
posterioridad, disponiendo que el Juez del Sexto Juzgado Especializado  
en lo Penal de Lima, cumpla con devolver los actuados a la Trigésima  
Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, para que oportunamente  
se distribuya la denuncia a otra Fiscalía, e inaplicable el artículo octavo  
del Código Procesal Constitucional; REFORMÁNDOLA declara  
INFUNDADA la demanda constitucional de Habeas Hábeas promovida  
contra el representante del Ministerio Público, doctor Silvio Máximo  
Crespo Holguín, Fiscal Provincial en lo Penal de la Trigésima Octava  
Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima; ya que con ella se vulnera los  
principios y derechos constitucionales reconocidos por nuestra  
Constitución Política, en atención a los fundamentos que a continuación  
expongo:

<sup>1</sup> Código Procesal Constitucional

**Artículo 18.-** Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente a demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo de tres días, mas el término de la distancia, bajo responsabilidad.



2

485  
cuatrecientos ochenta y cinco

## I. PRETENSIÓN IMPUGNATORIA

**SOLICITO** conceder el recurso de agravio constitucional y elevar el expediente al Tribunal Constitucional, para que en uso de sus atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica **FALLE REVOCANDO** la recurrida, que, revocando la apelada, declaró infundada la acción de HABEAS CORPUS; y, **REFORMÁNDOLA**, la declare **FUNDADA**.

## II. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA

2.1. Se promovió la acción de hábeas corpus en razón de que se violó los siguientes derechos:

a) El derecho a la **libertad individual**.

b) El derecho al **debido proceso**, porque se han violado las siguientes **garantías de la tutela procesal efectiva**:

- El derecho de defensa.
- El derecho a probar.
- El derecho al contradictorio.
- El derecho a la igual sustancia en el proceso o igualdad de armas.
- El derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho.
- Y el derecho a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

2.2. Ahora bien, los únicos fundamentos por los cuales la Sala Penal revoca la sentencia apelada son:

**OCTAVO:** Sin embargo, efectuando la evaluación de los medios probatorios incorporados a la sumaria investigación, como son las copias de la denuncia y las actuaciones preliminares obrantes a fojas ciento cuatro a doscientos setentiocho, así como las declaraciones del accionado y del favorecido obrantes a fojas noventa y nueve y trescientos cincuenta y nueve, respectivamente; advertimos que el **debido proceso y la tutela procesal efectiva** no han sido conculcados





486  
matasuri  
obstru

por el Fiscal demandado, debido a que una vez que recibió la denuncia de la Compañía de Exploraciones Algamarca Sociedad Anónima, éste dispuso la realización de diversas diligencias, entre ellas la declaración indagatoria del denunciado Cantuarias Salaverry dispuesta mediante resolución de fojas ciento noventa y nueve, notificándose con tal fin para los días primero, seis y veinte de abril, así como para el cinco de mayo el año en curso, como se desprende con los cargos de notificación obrantes en autos. Aunado a ello, tenemos que éste se apersono a la precitada investigación con su escrito de fojas doscientos cinco de fecha treinta y uno de marzo pasado, además de que a través de su abogado defensor solicito informe oral según aparece de fojas doscientos veintisiete, pedido que fuese admitido por el demandado, además de haber realizado su descargo por escrito como emerge de fojas doscientos cincuenta y ocho a doscientos setenta y ocho, lo que nos indica que al denunciado Cantuarias Salaverry no se le ha violentado su derecho de defensa. Además que si bien entre las fechas programadas para la indagatoria de éste no había mediado setenta y dos horas de anticipación, también es verdad, que tenía pleno conocimiento de dicha diligencia, como se desprende de los diversos escritos donde incluso solicita su postergación en forma reiterada, todo lo cual nos permite inferir que el único fin que tenga la presente demanda es dilatar innecesariamente a tramitación de la denuncia fiscal de fojas doscientos setenta y seis.

**NOVENO:** En este orden de ideas, estimamos necesario puntualizar que constituyendo la **Denuncia** una prerrogativa que tanto la Constitución Política del Estado (artículos ciento cincuenta y ocho y ciento cincuenta y nueve) como la Ley Orgánica del Ministerio Público (artículos once y doce), le confiere al Fiscal Provincial en lo Penal para plantearla ante el Órgano Jurisdiccional o denegarla, y al no encontrarse regulado un procedimiento especial como para llegar a determinar que ha existido la vulneración del debido proceso, colegimos que en el presente caso, al existir participación del favorecido en la etapa prejudicial, tanto a través de su abogado defensor como directamente, la sentencia recurrida merece ser revocada. Debiéndose referir también a que de los medios probatorios obtenidos en el transcurso del proceso no se ha llegado a establecer la presunta amenaza a la libertad individual del favorecido y que constituye una de las pretensiones del demandante.

2.3.

De la lectura de la resolución impugnada podemos observar que la Sala Penal no se pronunció sobre varios derechos conculcados, como el derecho a probar, el derecho al contradictorio, el derecho a la igual sustancia en el proceso o igualdad de armas, el derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho y el derecho a la observancia del principio de legalidad procesal penal, que acarrea de nulidad de la mencionada resolución.

487  
cuadernos  
de la  
estructura

- 2.4. De otro lado, la Sala Penal incurre en error al señalar que el Fiscal dispuso la realización de diversas diligencias, sin embargo, podemos advertir que **no existe ninguna resolución que disponga investigación preliminar** para recopilar pruebas en la etapa prejudicial, ni mucho menos señaló las diligencias que deben actuarse durante su investigación.
- 2.5. Equivocadamente la Sala señala que esta parte tenía pleno conocimiento de las fechas programadas para la indagatoria. En efecto, las primeras citaciones son nulas de pleno derecho, no solo porque se notificaron a domicilios distintos, sino también por que no fueron diligenciadas legalmente, pues no mediaron las 72 horas que establece la ley. Ahora bien, cuando recién se notifica correctamente -con la cuarta citación- para la declaración indagatoria programado para el día 5 de mayo pasado, en atención al derecho irrestricto de defensa se pide su reprogramación, pedido que no fue atendido por la Fiscalía.
- 2.6. Ahora bien, si bien existe el apersonamiento y señalamiento de domicilio procesal, pedido de informe oral y descargos realizados por escrito, estos actos no son suficientes para un oportuno y eficaz ejercicio del derecho de defensa, si no se había obtenido su declaración indagatoria. En efecto, a nivel judicial (proceso penal) **la declaración instructiva** tiene como finalidad asegurar la identificación del imputado, hacerle conocer los cargos que se le imputan y garantizar su derecho de defensa, además, dicha declaración tiene una doble condición de ser medio de investigación y medio de defensa, en tanto medio de investigación; entonces, del mismo modo en la etapa prejudicial **la declaración indagatoria** del denunciado tiene como finalidad hacerle conocer los cargos que se le imputan y garantizar su derecho de defensa. Por consiguiente, se ha conculcado el derecho de defensa, no solo porque no se me otorgó el tiempo y medios adecuados para preparar mi defensa, sino porque, además, no se me hizo conocer los cargos que se me imputan, reconocidos por el art. 8º, inciso 2), literal "c" de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- 2.7. Por otro lado, se ha cuestionado que en la tramitación de la denuncia en cuestión se han presentado una serie de irregularidades que no sólo comprometen el derecho



5

438  
enaboyb  
ochipoch

constitucional de defensa, sino que, además, constituyen un indicador objetivo de la falta de imparcialidad con que se ha tramitado la correspondiente investigación preliminar. En efecto, si la Fiscalía dispuso la actuación de diligencias como la declaración del denunciante, denunciado y del señor Lastres Berninzon, entonces, estuvo convencido que los recaudos acompañados a la denuncia de parte no eran suficientes para formalizar denuncia penal. Sin embargo, luego que sólo tomó la declaración al denunciante, éste procedió a formalizar dicha denuncia, esto es, sin que exista pruebas suficientes y necesarias que varíen mi situación jurídica, sino únicamente la declaración del denunciante, lo que evidencia un claro indicador objetivo de falta de imparcialidad por el titular de la acción penal.

- 2.8. De otro lado, la Sala Penal no ha tomado en cuenta que mediante escrito de 9 de mayo de 2005, la defensa presentó un pedido de actuación de pruebas a fin de esclarecer los hechos materia de denuncia y así poder certificar la licitud de su conducta en el trámite de los descargos, sin embargo: DICHO PEDIDO NO FUE PROVEÍDO. En efecto, no se cumplió con citar a Jorge Santistevan de Noriega, Víctor Avila Cabrera y Mayte Remy Castagnola (árbitros y Secretaria en el proceso arbitral, respectivamente). Dichas declaraciones eran de vital importancia toda vez que los mencionados podrían haber aclarado los hechos que sustentan la imputación por delito de falsedad genérica y fraude procesal, es decir: (I) si en el desarrollo del proceso arbitral pudieron advertir alguna conducta de mi parte que denotara alguna parcialidad o interés particular en los asuntos que venía conociendo en el proceso arbitral; (II) cuáles fueron los argumentos y elementos de juicio según los cuales se rechazó la recusación contra mi persona, a fin de dilucidar si efectivamente se incurrió o no en falsedades. Por otro lado, no se ofició al Tribunal Arbitral a fin de requerirle copias certificadas de todos los escritos presentados en mérito a la recusación formulada y las resoluciones recaídas en dicho proceso, a fin de corroborar que no existió ninguna conducta irregular que conllevara su recusación. Tampoco se ofició a la empresa Minera Poderosa S.A. a fin de requerirle que ponga a disposición del despacho el Estatuto de la empresa y se pueda conocer si efectivamente un Director (en este caso, el señor Lastres Berninzon) cuenta con la facultad de decidir la contratación y permanencia de un





489  
matrícula  
olivera

abogado externo, tal como pretende afirmar la parte denunciante.

- 2.9. Estas graves irregularidades en el trámite de la investigación, en el sentido que se formalizó denuncia **sin actuar las pruebas suficientes y necesarias** para justificar el ejercicio de la acción penal, vulnera el derecho constitucional a la tutela procesal efectiva puesto que la acción de Hábeas Corpus, no sólo tutela la libertad en todas sus formas, sino también "los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso", como señala expresamente los arts. 4 y 25 último párrafo del Código Procesal Constitucional.
- 2.10 De otro lado, la doctrina ha expresado sobre el particular que la vulneración al debido proceso y a la tutela procesal efectiva – mediante el cual se encuentran garantizados los derechos a probar, de defensa, al contradictorio y a la obtención de una resolución motivada en derecho, entre otros-, permite la interposición de la acción de hábeas corpus.
- 2.11 Posteriormente, la Sala Penal concluye que no se encuentra regulado un procedimiento especial para llegar a determinar si ha existido la vulneración del debido proceso. Sin embargo, el Tribunal Constitucional el 15 de abril de 2002, en la sentencia recaída en el Expediente No. 1268-2001-HC/TC, estableció que el derecho de defensa y del **debido proceso** no sólo son aplicables en sede jurisdiccional, sino también en sede del Ministerio Público:

*"De conformidad con el artículo 8º, inciso 2), literal "c" de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, (...) **Durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:** (...) c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa". Este derecho constitucional, por su naturaleza, compone el **derecho al debido proceso** garantizado en el Artículo 139º, inciso 3) de la Constitución Peruana (...) El enunciado "**Durante el Proceso**" mencionado en el citado Artículo 8º debe entenderse que se proyecta, en el caso de los procesos penales, **también al ámbito de su etapa prejurisdiccional, es decir, aquél cuya dirección compete al Ministerio Público** (...)*

- 2.12 En este sentido, a nivel prejudicial no solo se reconoce el derecho irrestricto de defensa, sino también al derecho al **debido proceso**.






7 490  
*cuatrocientos noventa*

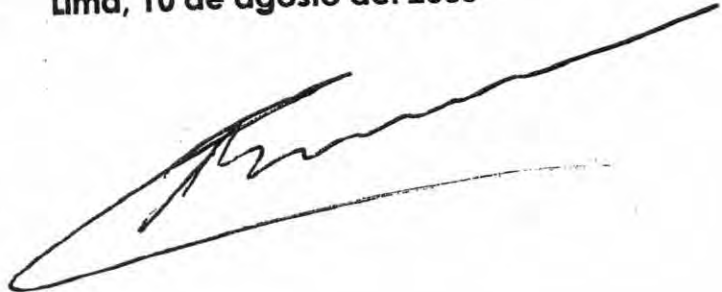
Por tanto, mal puede señalarse que al no existir un procedimiento especial no puede determinarse la violación al derecho del debido proceso.

**POR TANTO:**

**A usted, Señor Presidente, pido:** Proveer conforme el presente pedido.

**Lima, 10 de agosto del 2005**

  
**Dr. DINO CARLOS CARO CORIA**  
ABOGADO  
REG. C.A.L., 20433



# ANEXO 27





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC  
LIMA  
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes febrero de 2006, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados García Toma, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el Fundamento de voto, adjunto, del magistrado Gonzales Ojeda

#### I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Fernando Cantuarias Salaverry contra la Resolución de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 476, su fecha 19 de julio de 2005, que declara infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

#### II. ANTECEDENTES

##### 1. Demanda

Con fecha 13 de mayo de 2005, don Renee Quispe Silva interpone demanda de hábeas corpus como procurador oficioso del abogado Fernando Cantuarias Salaverry, contra el Fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, señor Silvio Máximo Crespo Holguín, alegando la presunta amenaza de su libertad individual por violación de sus derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva, al debido proceso y a la contradicción o defensa, puesto que dicho Fiscal formalizó denuncia penal contra Fernando Cantuarias Salaverry, mediante acusación de fecha 10 de mayo de 2005, por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal en agravio de Compañía de Exploraciones Algamarcas S.A. y el Estado, respectivamente.

##### Fundamentos de hecho:

- Fernando Cantuarias Salaverry fue designado para integrar un Tribunal Arbitral con los señores Jorge Santistevan de Noriega y Víctor Ávila Cabrera, colegiado que llevó a cabo el proceso arbitral entre la Compañía de Exploraciones Algamarcas S.A. (en adelante Algamarcas) y Minera Sulliden Shahuindo SAC (en adelante Sulliden).
- En el referido proceso arbitral, el árbitro Fernando Cantuarias Salaverry fue recusado por Algamarcas, alegando que su padre se desempeñaba, conjuntamente con el doctor Enrique Lastres Berninzon –representante de Sulliden en el proceso





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

arbitral-, como director de otra empresa llamada Cía. Minera Poderosa S.A. El planteamiento de recusación señala, además, que en 1996 Fernando Cantuarias Salaverri había ejercido la representación legal de esa empresa Cía. Minera Poderosa S.A. en otro arbitraje instaurado entre dicha empresa y Minera Pataz EPS.

- Mediante Resolución N.º 75, de fecha 25 de noviembre de 2004, el Tribunal Arbitral declaró infundada dicha recusación.
- El 2 de diciembre de 2004, Algamarca plantea un pedido de nulidad sustancial de la resolución que declaró infundada la recusación, aduciendo que Fernando Cantuarias Salaverri era socio del Estudio Jurídico *Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanocich Abogados* y, por tanto, se encontraba impedido de intervenir como árbitro teniendo aparente interés personal. Ante este planteamiento, el recurrente afirmó que en junio de 1996 se retiró de la calidad de abogado de planta del estudio de su padre, para aceptar la designación de Gerente Legal de COFOPRI mediante Resolución Suprema publicada en el diario oficial *El Peruano*.
- Sin embargo, el Tribunal Arbitral, mediante Resolución N.º 97, de fecha 30 de diciembre de 2004, desestimó la nulidad por considerar que ninguno de los hechos nuevos daban lugar a recusación alguna y, además, declaró improcedente la renuncia presentada por Cantuarias Salaverri.
- Frente a ello, el 27 de enero de 2005 Algamarca acudió a la vía penal, donde el fiscal demandado denunció a Fernando Cantuarias Salaverri por delitos de falsedad genérica y fraude procesal. Contra dicha resolución el recurrente interpone la presente demanda de hábeas corpus.

### Fundamentos de derecho:

- En el expediente formado en mérito a la denuncia interpuesta en contra del doctor Cantuarias Salaverri, no se han actuado las pruebas suficientes y necesarias para crear convicción en el titular del despacho de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial de Lima sobre la concurrencia de elementos suficientes que justifiquen el ejercicio de la acción penal en su contra, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 94º de la Ley Orgánica del Ministerio Público. De esta forma, se ha vulnerado el derecho constitucional a la tutela procesal efectiva (artículos 4º y 25º, último párrafo del Código Procesal Constitucional).
- Se ha vulnerado el derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho, pues el demandado Fiscal Silvio Máximo Crespo Holguín, ha emitido una arbitraria denuncia sin efectuar el proceso de subsunción típica. Es decir, no establece por qué los hechos que describe son típicos conforme a los artículos 438º y 416º del Código Penal, ya que sólo describe hechos sin argumentar jurídicamente, lo que viola,





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

además, el principio de legalidad previsto en el artículo 2º, inciso 14, literal d) de la Constitución Política.

- Se ha afectado igualmente el derecho de defensa, pues el beneficiario de la presente acción no fue citado por la autoridad correspondiente para efectuar su descargos, conforme lo establece el artículo 139º, inciso 14 de la Constitución Política. El Fiscal demandado formalizó denuncia sin que se haya recibido la correspondiente declaración indagatoria de Cantuarias Salaverry.
- Procede la interposición de un hábeas corpus preventivo porque existe la amenaza inminente de que se inicie un proceso penal en contra del beneficiario sobre la base de una denuncia violatoria de la Constitución y la legalidad. Y se podrían dictar medidas cautelares en su contra que afectarían su libertad o su patrimonio.

### 2. Contestación de la demanda

Con fecha 18 de mayo de 2005, el doctor Silvio Máximo Crespo Holguín, Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, se apersona al proceso y formula descargos sosteniendo que no existe vulneración de los derechos constitucionales del demandante, pues durante la investigación indagatoria se le reconocieron las garantías necesarias para hacer valer sus derechos. Agrega que formalizó denuncia porque existen suficientes elementos de cargo que lo vinculan con el ilícito penal investigado, criterio que es compartido por el órgano jurisdiccional, pues el Sexto Juzgado Penal de Lima procedió a abrir instrucción; de modo contrario hubiera dispuesto el No Ha Lugar a la apertura de instrucción.

Con fecha 18 de mayo de 2005 se apersona al proceso el Procurador Público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, señor Rolando Alfonzo Martel Chang, y contesta la demanda solicitando que se declare improcedente, por los siguientes fundamentos:

#### Fundamentos de hecho:

- Pese a que se argumenta que el fiscal accionado procedió a abrir instrucción a escondidas y sin otorgarle al señor Fernando Cantuarias Salaverry derecho de defensa, esta información no se ajusta a la realidad, pues el señor Cantuarias ha tenido pleno conocimiento de esta investigación, habiendo sido citado por el fiscal hasta en cuatro oportunidades para que rinda su declaración indagatoria; sin embargo, no concurrió en ningún momento.
- El señor Cantuarias no argumenta ni prueba las razones por las cuales no serían válidas las notificaciones que él mismo ha acompañado al escrito de su demanda.
- La investigación fiscal no se realizó sin actividad probatoria puesto que el señor Cantuarias tuvo oportunidad de presentar sus descargos con relación al delito



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

imputado. Adicionalmente, atendiendo la solicitud del señor Cantuarias, el fiscal solicitó la declaración del señor Jorge Santistevan de Noriega y del señor Víctor Ávila Cabrera, los mismos que no concurrieron a las citaciones efectuadas.

- Durante la investigación no se privó al accionante del derecho a ser escuchado por el Fiscal porque incluso se programó un informe oral a su petición, que tampoco efectuó alegando que la actividad probatoria no había concluido. Argumento que resultaría impertinente por no contar con asidero legal.
- No se trata de una amenaza cierta e inminente a un derecho constitucional, puesto que existe la posibilidad de que, efectuada la denuncia fiscal, el juez decida archivar el caso.

### Fundamentos de derecho:

- En el caso de autos, el fiscal procedió a abrir investigación fiscal conforme a lo dispuesto en el artículo 94°, numeral 2) de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que señala que el Fiscal puede optar entre abrir investigación en el ámbito fiscal o formalizar la correspondiente denuncia penal en su calidad de titular de la acción penal.
- La ley no ordena que el Fiscal actúe la totalidad de medios probatorios que sean ofrecidos por las partes para formalizar la denuncia. Por tanto, el fiscal demandado no habría cometido infracción alguna al actuar los elementos probatorios que consideró necesarios.
- En concordancia con lo dispuesto por el artículo 94° del Ministerio Público, el Fiscal demandado procedió a formalizar su denuncia penal por considerar que contaba con el material probatorio necesario para llevarla a cabo.
- Conforme a lo establecido por el artículo 200°, inciso 1, el hábeas corpus procede cuando se amenaza la libertad individual o derechos conexos. Pero esta amenaza debe ser interpretada como cierta e inminente, para que sea tal; y no meramente subjetiva o conjetural, como ocurre en el presente caso.

### 3. Resolución de primera instancia

Con fecha 7 de junio de junio de 2005, el Trigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima, declara fundada la demanda de hábeas corpus; por los siguientes fundamentos:

- a. El demandado violó el derecho de defensa del accionante al haberlo denunciado sin que se le haya tomado su declaración hasta en cuatro oportunidades, las cuales resultaron inválidas, excepto la última de ellas, respecto de la cual se solicitó reprogramación. Así, la primera notificación del juzgado llegó a un domicilio distinto, la segunda al domicilio señalado en autos, pero un día después de





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

programada la diligencia, la tercera nuevamente a un domicilio distinto y la cuarta a su domicilio, que fue la única notificación válida que citaba a Cantuarias Salaverri para el 5 de mayo de 2005, ante lo cual la defensa pidió una nueva fecha y hora, obteniéndose por toda respuesta la denuncia fiscal por parte del demandado.

- b. Ante esta decisión fiscal, el demandante manifestó la imposibilidad legal de efectuar el informe oral porque no se habían actuado aún los medios probatorios que él había ofrecido en su defensa, sin que el Fiscal atiende dicho pedido. Ello desnaturaliza la finalidad del acto procesal en referencia desde que el informe oral de los abogados ante el magistrado decisor tiene que producirse necesariamente al término de la actividad probatoria, y no antes, ya que se trata de exposiciones finales de defensa cuando el estado de la causa es precisamente el de decisión terminal.
- c. Asimismo, la resolución expresa que el Ministerio Público emitió, no contiene pronunciamiento alguno sobre la procedencia o improcedencia de algunos de los descargos, los que servirían para formar un criterio razonable al momento de adoptar la decisión.
- d. La investigación fiscal preliminar se ha desarrollado con un desorden que niega la adecuada organización, ya que no existe una resolución que abra dicho proceso de investigación y las pruebas han sido acumuladas de manera irracional y no sistematizada, lo que, a no dudarlo, afecta el derecho del denunciado al debido proceso legal.

#### 4. Resolución de segunda instancia

Con fecha 19 de julio de 2005, la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, emite la resolución de fojas 476 que revocando la apelada, declara infundada la demanda, por los siguientes fundamentos:

- a. La denuncia fiscal, porque en ella se llega a establecer la relación laboral indirecta entre el recurrente y el doctor Lastres Berninzon, en la Compañía Minera Poderosa S.A., que contrató los servicios del Estudio Jurídico *Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados*, del cual el doctor Cantuarias Salaverri es socio.
- b. El hecho de haberse notificado al denunciado a efectos de que asista a la toma de su declaración indagatoria y el apersonamiento de su abogado al proceso, desvirtúan la indefensión acotada.
- c. La denuncia es una prerrogativa que la Constitución y la Ley Orgánica le confiere al Fiscal Provincial en lo Penal para plantearla ante el órgano jurisdiccional, o denegarla, y al no encontrarse regulado un procedimiento especial como para llegar a determinar que ha existido la vulneración del debido proceso, en el presente caso,



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

al existir participación del favorecido en la etapa prejudicial, tanto a través de su abogado defensor como directamente, no se ha producido la vulneración de los derechos constitucionales alegados.

### III. DATOS GENERALES

#### 1. Petitorio constitucional

- Se declare la insubsistencia de la denuncia fiscal de fecha 10 de mayo de 2005 formalizada ante el Poder Judicial por el fiscal demandado contra el señor Fernando Cantuarias Salaverri.
- Se ordene notificar al Juez Penal de Lima para que asuma la calificación de la denuncia fiscal, y disponga su devolución a la Trigésimo Octava Fiscalía Penal de Lima, de modo que sea remitida a la Fiscalía Decana correspondiente a fin de que ésta disponga que la denuncia sea calificada por otro fiscal.

#### 2. Materias constitucionalmente relevantes

Respecto a las condiciones de procedibilidad de la presente demanda de hábeas corpus, corresponde señalar que, en el caso, el cuestionamiento de la investigación fiscal de fecha 10 de mayo de 2005 formalizada ante el Poder Judicial en contra del recurrente, hace necesario que este Colegiado, como cuestión previa, efectúe un análisis de los supuestos de excepción que habiliten la intervención de la jurisdicción ordinaria en un proceso arbitral. Ello con el objeto de que pueda proyectarse una interpretación que sirva como doctrina jurisprudencial constitucional para posteriores casos, ya sea tanto a nivel de la justicia ordinaria como de la justicia constitucional especializada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VI, *in fine*, del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

#### 1. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL

- ✓ Justificación de la institución arbitral.
- ✓ Naturaleza y características de la jurisdicción arbitral.
- ✓ Criterios para el control constitucional de las resoluciones arbitrales.
- ✓ Relaciones con la función jurisdiccional (artículo 139°, inciso 1 de la Constitución): Supuesto constitucional de excepción y la apreciación de razonabilidad.

#### 2. EL PROCEDIMIENTO PREJUDICIAL PENAL

- ✓ Actividad fiscal previa al inicio del proceso penal.
  - La investigación y posterior acusación fiscal.





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- *Ausencia de normatividad en la materia. Principios y criterios aplicables: Principio de interdicción de la arbitrariedad, principio de legalidad; debido proceso y tutela jurisdiccional.*
- ✓ Investigación, acusación fiscal y proceso de hábeas corpus.
  - *Hábeas corpus reparador y procedimiento de investigación fiscal*
  - *Hábeas corpus preventivo y procedimiento de investigación fiscal*

### IV. FUNDAMENTOS

1. Según la Constitución, todo acto u omisión que vulnere o amenace la libertad personal o algún derecho conexo amerita la presentación de una demanda de hábeas corpus por quien se sienta afectado (artículo 200°, inciso 1). Tal como lo prescribe el Código Procesal Constitucional, se considera como derecho conexo a la libertad personal el referido a la tutela procesal efectiva (artículo 4°). Por tal razón, es pertinente que se plantee la presente demanda de hábeas corpus sobre la base de una supuesta vulneración del derecho fundamental a la tutela procesal efectiva del demandante, por lo que este Colegiado se encuentra habilitado para responder a las inquietudes formuladas sobre la base de un análisis constitucional estricto y *pro homine* de la denuncia fiscal cuestionada.
2. Al respecto, la jurisprudencia constitucional, en tanto doctrina sobre las interpretaciones de los derechos fundamentales previstas en la Constitución o en la ley, vincula a todos los jueces en los fundamentos relevantes que han incidido en la solución del conflicto de derechos (*ratio decidendi*). Mas, la identificación del ámbito de vinculación es competencia del juez que va a aplicar la jurisprudencia vinculante en los términos en que lo hace el referido artículo VI del Código Procesal Constitucional. Ello configura una institución constitucional-procesal autónoma, con características y efectos jurídicos distinguibles del precedente vinculante<sup>1</sup>, con el que mantiene una diferencia de grado.

### §1 EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL

#### §1.1. Justificación de la institución

3. A finales del siglo XX y desde la regulación del arbitraje en la mayor parte de las legislaciones del mundo, se concibe a esta institución como el proceso ideal, en donde los particulares son protagonistas de la dirección y administración de la justicia. El arbitraje se configura como un juicio de conocimiento en donde "jueces particulares", a través de un laudo, toda la amplitud de validez intrínseca y extrínseca de una sentencia judicial.

<sup>1</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el Exp. N.º 0024-2003-AI/TC, *Caso Municipalidad de Lurín*.





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Así, se presenta como un mecanismo orientado a la consecución de la verdad legal, pretendiendo despojarse de los trámites, muchas veces engorrosos y formalistas, de la justicia tradicional. Entonces, históricamente en sus orígenes, el arbitraje se justificó en su carácter de proceso expedito y efectivo.

4. El desarrollo de esta institución en el derecho comparado ha sido enorme en los últimos años: es prácticamente el proceso más utilizado para resolver conflictos comerciales. La configuración de un nuevo orden económico internacional ha requerido del arbitraje como el prototipo de proceso de resolución de conflictos entre particulares e incluso entre estos y los Estados, lo que le otorga una importancia significativa, formando parte integrante del modelo jurisdiccional *ad hoc* a la resolución de controversias, no sólo entre particulares, en el marco de la Constitución económica.

En el Perú el arbitraje es obligatorio, según las normas de contratación del Estado, además forma parte de los contratos de inversión suscritos por el Estado y de todos los contratos de estabilidad jurídica regidos por los Decretos Legislativos N.ºs 758 y 662.

### §1.2. Naturaleza y características de la jurisdicción arbitral

5. El principio de unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional reconocido en el artículo 139º, inciso 1 de la Constitución, prescribe que: "No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación". En atención a ello, la Constitución ha establecido, como regla general, que corresponde al Poder Judicial el avocamiento único y singular del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos (principio de unidad), prohibiéndose al legislador que atribuya la potestad jurisdiccional a órganos no conformantes del Poder Judicial (principio de exclusividad).
6. De allí que, en sentido estricto, la función jurisdiccional, siendo evidente su íntima correspondencia con los principios de división de poderes y control y balance entre los mismos, debe entenderse como el fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales, que se ejerce a través del órgano jurisdiccional mediante la aplicación de las normas jurídicas. Por ello es que tradicionalmente se ha reservado el término "jurisdicción" para designar la atribución que ejercen los órganos estatales encargados de impartir justicia y aplicar las disposiciones previstas en la ley para quien infringen sus mandatos.
7. Sin embargo, el artículo 139º, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada.





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Al respecto, el reconocimiento constitucional de fueros especiales, a saber, militar y arbitral (inciso 1 del artículo 139°); constitucional (artículo 202°) y de Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149°), no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución; siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

8. Llegados a este punto, cabe preguntarse si es constitucionalmente legítimo el establecimiento de esta jurisdicción de carácter privado.

Al respecto, conforme lo ha establecido este Colegiado “(...) el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber:

- a) Conflicto entre las partes.
- b) Interés social en la composición del conflicto.
- c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.
- d) Aplicación de la ley o integración del derecho”<sup>2</sup>.

Qué duda cabe, que *prima facie* la confluencia de estos cuatro requisitos definen la naturaleza de la jurisdicción arbitral, suponiendo un ejercicio de la potestad de administrar justicia, y en tal medida, resulta de aplicación en sede arbitral el artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional por el cual los jueces (y por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional.

9. Asimismo, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso<sup>3</sup>.

10. De allí que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional.

<sup>2</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el Exp. N.º 0023-2003-AI/TC. Caso Jurisdicción Militar. (Fundamento 13)

<sup>3</sup> Ibidem, Fundamento 25.





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

11. Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del *orden público constitucional*.

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución.

De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51º de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado.

Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales.

12. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139º de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de "no interferencia" referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluida autoridades administrativas y/o judiciales– destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.

13. Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la "kompetenz-kompetenz" previsto en el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje –Ley N.º 26572–, que faculta a los árbitros a decidir acerca de





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

las materias de su competencia, y en el artículo 44° del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.

Lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional.

14. Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1° de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5°, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo.

### §1.3. Criterios para el control constitucional de las resoluciones arbitrales

#### § Principio de autonomía de la voluntad y jurisdicción arbitral

15. Conforme lo señala el artículo 9° de la Ley General de Arbitraje, N.° 26572, el convenio arbitral es el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. De lo que se desprende la naturaleza contractual del convenio, que obliga a las partes a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle y para el posterior cumplimiento del laudo arbitral.
16. La noción de contrato en el marco del Estado constitucional de Derecho se remite al principio de autonomía de la voluntad, previsto en el artículo 2°, inciso 24, literal a





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

de la Constitución, y que, en relación a la jurisdicción arbitral, puede tener dos vertientes:

- a) Una negativa: En cuya virtud permite regular del modo que los particulares estimen oportuno sus relaciones jurídicas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas<sup>4</sup>.
- b) Una positiva: En cuya razón el carácter autónomo, garantista y procesal del arbitraje, equivale a facultar a los particulares para que sustraigan del ámbito del ejercicio funcional de la jurisdicción estatal aquellas materias consideradas de libre disposición, es decir, plantea la conceptualización, si bien de modo no absoluto, del arbitraje como un derecho fundamental.

17. Entonces, el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales antes señalados.

En el caso del convenio arbitral, si bien se gesta a partir del sentido privatista de las relaciones contractuales, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean exclusiva y excluyentemente de Derecho Privado. Interpretarlo de este modo implicaría soslayar su naturaleza constitucional, sujeta a los principios y deberes primordiales de la función jurisdiccional consagrados en el artículo 139° de la Constitución; los mismos que deberán extenderse razonablemente a la jurisdicción arbitral.

Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad deriva de la Constitución, no puede discutirse la facultad de controlarla por razones del *orden público constitucional*, máxime si la propia jurisdicción arbitral integra éste. Esto supone que en un Estado constitucional, el poder se desagrega en múltiples centros de decisión equilibrados entre sí por un sistema de control de pesos y contrapesos, como postula el artículo 43° de la Constitución. Esto hace que el poder público, pero también el privado, estén sometidos al Derecho.

18. En este contexto el control constitucional jurisdiccional no queda excluido, sino que se desenvuelve *a posteriori* cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, los mismos que los vinculan en atención a los artículos VI *in fine* y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

19. El ejercicio de las potestades jurisdiccionales –ordinaria o constitucional– no puede ni debe ser, desde luego, abusivo, ni supone la imposición de medidas irrazonables y desproporcionadas que lesionen los derechos fundamentales de autonomía de la voluntad y de contenido patrimonial –las libertades de contratar y de empresa–.

<sup>4</sup> MONTERO AROCA, Juan. "Comentarios al artículo 1°". En: *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Civitas, 1990, p. 20.





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### § *Principio de interdicción de la arbitrariedad*

20. El principio de interdicción de la arbitrariedad<sup>5</sup> es uno inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora; de allí que, si bien la autonomía de la jurisdicción arbitral tiene consagración constitucional, no lo es menos que, como cualquier particular, se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales, en el marco vinculante del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139° de la Constitución); por cuanto, si así no ocurriese, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31° *in fine* de la Carta Fundamental<sup>6</sup>.

Si ocurriese lo contrario, la autonomía conferida al arbitraje devendría en autarquía, lo que equivaldría a sostener que los principios y derechos constitucionales no resultan vinculantes.

### §1.4. Relaciones con la función jurisdiccional (artículo 139°, inciso 1 de la Constitución): Supuesto constitucional de excepción y la apreciación de razonabilidad

21. Quienes se inclinan por la irrevisabilidad de los laudos arbitrales se sustentan en el artículo 4° de la Ley N.º 26572, que establece que, salvo pacto en contrario, las partes podrán someterse de modo exclusivo y excluyente a la jurisdicción arbitral, así como en el artículo 59°, que otorga a los laudos arbitrales carácter definitivo, estableciendo que contra ellos no procede alguno, salvo el recurso de apelación y de nulidad.

Una interpretación formal propia del valorismo legalista de la Ley N.º 26572, concluiría que, sin ingresar en consideración adicional alguna, una resolución expedida por un tribunal arbitral es incuestionable en sede constitucional, incluso en aquellos supuestos en los que afecten los derechos fundamentales de la persona.

Mas, pretender interpretar la Constitución a partir del mandato legal de la Ley N.º 26572, vaciando de contenido el principio de supremacía jurídica y valorativa de la Constitución (artículo 51° de la Constitución), configurado en el tránsito del Estado de derecho al Estado constitucional de derecho, no es atendible para defender la irrevisabilidad absoluta de las resoluciones de los tribunales arbitrales.

Además, resulta manifiestamente contrario al principio de fuerza normativa de la Constitución y al de corrección funcional, ya que desconoce, por un lado, el carácter jurídico-vinculante de la Constitución y, por otro, la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional (artículo 201° de la Constitución).

<sup>5</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el Exp. N.º 0090-2004-AA/TC, CASO JUAN CARLOS CALLEGARI HERAZO, Fundamento 12.

<sup>6</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el Exp. N.º 5854-2005-PA/TC, Caso Pedro Andrés Lizana Puelles, Fundamento 18.





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

22. Por otro lado, el último párrafo del artículo 103° de la Constitución establece que ésta no ampara el abuso del derecho, por lo que el ejercicio de poder jurisdiccional ordinario, y con mayor razón el excepcional, será legítimo si es ejercido en salvaguarda del cumplimiento de los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación que resulte de los mismos y de las resoluciones dictadas por este Tribunal (artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), el cumplimiento de las sentencias que constituyan precedente vinculante (artículo VII del Código Procesal Constitucional) y el respeto al derecho a la tutela procesal efectiva (artículo 4° del Código Procesal Constitucional).
23. Por los fundamentos precedentes, a juicio de este Colegiado, es un hecho incontrovertible que existe la posibilidad de cuestionar, por la vía del proceso constitucional, una resolución arbitral. Esta, por tanto, debe ser considerada como la única opción válida constitucionalmente, habida cuenta de que bajo determinados supuestos procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto del Poder Judicial como de un Tribunal Militar (artículo 4° del Código Procesal Constitucional). En esa medida, no existe respaldo constitucional que impida recurrir al proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral.

**§3. ACTIVIDAD FISCAL PREVIA AL INICIO DEL PROCESO PENAL**

24. Habiendo desarrollado el marco constitucional de la jurisdicción arbitral; y tomando en consideración que el petitorio constitucional del recurrente está orientado a cuestionar el procedimiento de investigación fiscal y posterior acusación que llevó a cabo la parte demandada, se procederá a analizar –aunque de manera preliminar– algunos aspectos relacionados con la actividad fiscal previa al inicio del proceso judicial penal.
25. La Constitución establece, en el artículo 159°, inciso 1, que corresponde al Ministerio Público la misión de promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho; asimismo, el inciso 5) del mismo artículo constitucional encarga al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal de oficio o a petición de parte. En ese sentido, corresponde a los fiscales –representantes del Ministerio Público– hacer ejercicio de la titularidad de la acción penal pública y, una vez conocida la denuncia o noticia criminal, proceder a formalizarla ante el juez penal si lo estiman procedente, conforme a lo establecido por la Ley Orgánica del Ministerio Público, aprobada por Decreto Legislativo N° 52.
26. En cumplimiento de las atribuciones que le han sido conferidas constitucional y legalmente, la labor del fiscal se extiende a lo largo de todo el proceso penal; sin





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

embargo, es preciso analizar su labor en el procedimiento que antecede al inicio del proceso judicial.

### §3.1. Investigación y posterior acusación fiscal

27. El Ministerio Público conduce desde su inicio la investigación del delito (artículo 159°, inciso 4 de la Constitución); por ende, una vez que un hecho presuntamente delictivo es denunciado, el fiscal puede, alternativamente, abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable o formalizarla ante el juez penal<sup>7</sup>. En el primer supuesto, el fiscal no cuenta con elementos suficientes que ameriten la formalización de la denuncia, por lo que se procede a iniciar una investigación orientada a obtener elementos que sustenten su acusación ante el Juez Penal; ello fluye del texto del artículo 94° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en el extremo que señala: "(...) cuando se hubiese reunido la prueba que estimase suficiente [el fiscal] procederá a formalizar la denuncia ante el Juez Instructor<sup>8</sup> como se deja establecido en el presente artículo".

28. Respecto a la actividad probatoria y el grado de convicción al que debe arribar el fiscal en el transcurso de esta investigación previa al proceso penal, la doctrina ha señalado lo siguiente: "(...) no se requiere que exista convicción plena en el fiscal ni que las actuaciones estén completas, sólo se necesita que las investigaciones arrojen un resultado probabilístico razonable, en orden a la realidad de un delito y de la vinculación delictiva del imputado o imputados".<sup>9</sup> Sin embargo, desde una perspectiva constitucional, resulta insuficiente valorar la actuación fiscal en sus propios términos legales; se requiere de su conformidad con los mandatos constitucionales de respeto a los derechos fundamentales y al ordenamiento jurídico constitucional.

### §3.2. Ausencia de normatividad en la materia. Principios y criterios aplicables

29. La labor que el fiscal realice una vez recibida la denuncia o conocida la noticia criminal no ha sido desarrollada en detalle por el ordenamiento jurídico vigente. Sin embargo, esta actividad está sujeta a diversos principios y garantías que orientan su normal desenvolvimiento para que éste sea conforme a la Constitución.

### § Principio de interdicción de la arbitrariedad

<sup>7</sup> Artículo 94 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo N.º 052

Son obligaciones del Fiscal Provincial en lo Penal:

2. (...) Si el fiscal estima procedente la denuncia, puede alternativamente, abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable o formalizarla ante el Juez Penal. En este último caso, expondrá los hechos de que tiene conocimiento, el delito que tipifican y la pena con que se sanciona, según ley; la prueba con que cuenta y la que ofrece actuar o que espera conseguir y ofrecer oportunamente. (...)

<sup>8</sup> En la actualidad Juez Penal.

<sup>9</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Vol. 1*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2º ed., 2003. p.470.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

30. Desde la consolidación del Estado de derecho surge el principio de interdicción de la arbitrariedad, el mismo que tiene un doble significado, tal como ha sido dicho en anterior sentencia: "a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad". (Exp. N° 090-2004 AA/TC).

Adecuando los fundamentos de la referida sentencia a la actividad fiscal, es posible afirmar que el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

§ *Principio de legalidad en la función constitucional*

31. El fiscal actúa como defensor de la legalidad y representante de la causa pública en el proceso penal. En efecto, el respeto de este principio implica que el Ministerio Público ejercite la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin perder de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y a la ley.

§ *Debido proceso y tutela jurisdiccional*

32. Al respecto, este Colegiado ha reconocido que el debido proceso se proyecta también al ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales, es decir, en aquella cuya dirección compete al Ministerio Público (Exp. N.° 1268-2001 HC/TC). Por tanto, las garantías previstas en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional serán aplicables a la investigación fiscal previa al proceso penal siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines, los mismos que deben ser interpretados de conformidad con el artículo 1° de la Constitución, según el cual "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**§3.3. Hábeas corpus y procedimiento de investigación fiscal**

33. A continuación se analizará el petitorio constitucional del demandante, cuyos extremos son: que se declare la nulidad de la denuncia fiscal, de fecha 10 de mayo de 2005, formalizada en contra del recurrente por el fiscal demandado; y que se notifique al juez que haya asumido la calificación de la denuncia, a efectos de que la devuelva al Ministerio Público para que ésta sea calificada nuevamente, este vez por otro fiscal.

El presunto agraviado sustenta, para tal efecto, la interposición de un hábeas corpus de tipo reparador respecto a los derechos que han sido vulnerados por el demandado al momento de realizar la investigación fiscal; y, asimismo, la interposición de un hábeas corpus de tipo preventivo, frente a la amenaza de su libertad individual y derechos conexos como consecuencia de la denuncia que se ha formalizado en su contra.

**§ Hábeas corpus reparador y procedimiento de investigación fiscal**

34. Respecto del hábeas corpus reparador, es preciso señalar que dicha modalidad representa la modalidad clásica o inicial del hábeas corpus, la misma que se promueve para obtener la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida. Se presenta, por ejemplo, cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial; de un mandato judicial en sentido lato; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúa en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad, entre otros. (Exp. N.º 2663-2003-HC/TC).

35. En el caso de autos, el demandante promueve esta modalidad de hábeas corpus porque considera que la investigación fiscal llevada a cabo por el demandado se ha desarrollado con absoluta prescindencia del respeto a las garantías que brinda el derecho a la tutela procesal efectiva, derecho protegido a través del proceso de hábeas corpus de conformidad con el artículo 4º del Código Procesal Constitucional.

36. Sobre este punto, es preciso tomar en consideración que la actividad del fiscal está limitada por las atribuciones que le han sido conferidas directamente a la autoridad judicial. En efecto, la imposición de medidas coercitivas, restrictivas de la libertad o derechos conexos, son atribuciones que la Constitución no ha conferido al Ministerio Público, puesto que su investigación, en todo caso, puede concluir en la formalización de una denuncia ante el Poder Judicial; pero la imposición de medidas coercitivas como la comparecencia o la detención preventiva, son medidas propias de la instancia judicial y serán adoptadas previa valoración y motivación del juez competente. En consecuencia, el procedimiento de investigación fiscal no incide de





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

manera directa en una posible vulneración a algún derecho vinculado a la libertad individual de la persona.

37. En este orden de ideas, las presuntas irregularidades llevadas a cabo por el fiscal demandado no dan lugar a la interposición de un hábeas corpus correctivo, por lo que, en adelante, el pedido del recurrente será analizado a la luz de la tutela que brinda el hábeas corpus de tipo preventivo.

### § *Hábeas corpus preventivo y procedimiento de investigación fiscal*

38. El presunto agraviado formula demanda de hábeas corpus preventivo contra la amenaza que se cierne sobre su libertad individual y derechos constitucionales conexos como consecuencia de la acusación formulada por el fiscal demandado. Al respecto, es preciso tomar en consideración que, tal como lo dispone el inciso 1) del artículo 200° de la Constitución, el hábeas corpus no sólo procede ante el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera la libertad individual o derechos conexos, sino también ante la amenaza de que se pueda producir tal vulneración. En este caso, la actuación del juez constitucional es anterior al acto violatorio de la libertad individual o derechos conexos, pues se procede ante una amenaza.

39. Sobre el hábeas corpus preventivo y a efectos de valorar la amenaza frente a la cual procede este proceso constitucional, este Colegiado ha sostenido que: “ (...) se debe comprobar: a) la inminencia de que se produzca el acto vulnerador, es decir, que se configure un atentado a la libertad personal que esté por suceder prontamente o en vía de ejecución, no entendiéndose por tal a los simples actos preparatorios; y b) que la amenaza a la libertad sea cierta, es decir, que exista un conocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad, dejando de lado conjeturas o presunciones”. (Exp. 3171-2003 HC/TC).

40. Como ha sido dicho anteriormente, dado que el fiscal no tiene la facultad de dictar medidas restrictivas de la libertad o derechos conexos, en principio no se configuraría una amenaza cierta e inminente de algún derecho tutelable por el hábeas corpus. No obstante, es preciso tomar en consideración que si bien la denuncia fiscal no vincula al juez —el mismo que sólo abrirá instrucción si considera que de la denuncia fluyen indicios suficientes o elementos de juicio que razonablemente revelen la existencia de un delito—, en cambio, sí constituye un importante indicativo para el juez, el cual podría ser inducido a error sobre la base de una denuncia abiertamente arbitraria, orientada a conseguir que el presunto autor del hecho delictivo sea procesado.

41. Este Colegiado no considera que esta situación se haya configurado en el caso de autos, toda vez que la denuncia formalizada ante el juez penal ha sido construida sobre la base de las investigaciones efectuadas por el fiscal y los documentos





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

proporcionados por Algamarca. No obstante, surge un cuestionamiento en torno al hecho de que no se haya contado con la declaración indagatoria del investigado. Esta resultaría ser una observación válida si el procedimiento de investigación fiscal se hubiera llevado "a escondidas" como se sugiere en la demanda; sin embargo, este calificativo no se condice con el hecho de que el señor Cantuarias Salaverry fue debidamente notificado (al menos en una oportunidad) del procedimiento de investigación fiscal que se le seguía.

42. El recurrente, por tanto, tuvo oportunidad de apersonarse al procedimiento de investigación fiscal y lo hizo a través de su abogado, el mismo que presentó escritos e incluso solicitó que se actuaran diversos medios probatorios. Respecto de esta solicitud, el fiscal no llevó a cabo la actuación de todos los medios probatorios solicitados por el demandante; no obstante, atendió a su pedido en el extremo en el que solicitó se recabara la declaración indagatoria de los otros dos miembros del tribunal arbitral. Finalmente, esta diligencia no se llevó a cabo porque ambos árbitros solicitaron una reprogramación, lo cual no tuvo lugar pues el fiscal no realizó una nueva citación.
43. De lo actuado también se desprende que el fiscal demandado citó a informe oral a la defensa del recurrente; sin embargo, ésta volvió a solicitar que se programe una nueva fecha porque consideró que se debía esperar a que la investigación preliminar concluya. En este escenario, no resulta desproporcionado que ante las pruebas merituadas y las constantes solicitudes de reprogramación que venían siendo formuladas, el fiscal haya formalizado denuncia sobre la base de los elementos con los cuales, efectivamente, contaba.
44. En cuanto a la denuncia fiscal, esta se ajusta a lo dispuesto por el artículo 94º de la Ley Orgánica del Ministerio Público, según el cual, si el fiscal estima procedente formalizar denuncia ante el juez penal "(...) expondrá los hechos de que tiene conocimiento, el delito que tipifican y la pena con que se sanciona, según ley; la prueba con que cuenta y la que ofrece actuar o que espera conseguir y ofrecer oportunamente."
45. Partiendo de las consideraciones que han sido previamente expuestas, este Colegiado no considera que el recurrente se encuentre frente a una amenaza cierta e inminente de su derecho a la libertad individual o algún derecho conexo, puesto que no se ha producido la formalización de una denuncia manifiestamente arbitraria, orientada a inducir a error al juez a fin de que dé inicio a un proceso penal en contra del investigado.
46. Si bien, a la fecha, es posible constatar que la denuncia formalizada por el fiscal demandado dio lugar a que se abriera instrucción en contra del señor Fernando Cantuarias Salaverry, no se ha dictado mandato de detención en su contra y se ha motivado debidamente el mandato de comparecencia restringida que fue dictado en su lugar. En efecto, este mandato de comparecencia no puede ser considerado como





# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

una concreción de la amenaza alegada por el recurrente, toda vez que esta medida ha sido dictada en el ejercicio legítimo de las atribuciones que han sido conferidas al juez penal.

47. Se advierte, por tanto, que en el presente caso no se configuran los supuestos necesarios para la procedencia del proceso constitucional de hábeas corpus y que el petitorio constitucional del presunto agraviado –declarar la insubsistencia del auto apertorio de instrucción– sin que se haya acreditado la existencia de una amenaza cierta e inminente de su libertad individual o derechos constitucionales conexos, importaría que este Tribunal se subrogue en las facultades que le han sido constitucional y legalmente conferidas a los representantes del Ministerio Público.
48. Sin perjuicio de la decisión adoptada por este Colegiado, se deja a salvo el derecho del recurrente respecto de la posible injerencia que el proceso penal iniciado en su contra puede suscitar de manera ilegítima en su labor como miembro del tribunal arbitral Sulliden-Algamarca; ello en tanto y en cuanto se podría estar pretendiendo trasladar, indebidamente, al ámbito penal controversias que tienen carácter civil o comercial y que han sido oportunamente sometidas al ámbito de la jurisdicción arbitral por las partes involucradas. De ser este el caso, el recurrente podrá hacer valer su derecho en la vía ordinaria correspondiente, que deberá seguir los criterios vinculantes de esta sentencia, a efectos de no sesgar la autonomía e independencia con la que cuenta la jurisdicción arbitral en el ejercicio legítimo de sus atribuciones.
49. De conformidad con el artículo VI *in fine* del Título Preliminar Código Procesal Constitucional, los criterios de interpretación contenidos en los fundamentos jurídicos N.º 8, 11, 12, 13, 14, 17 y 18, son vinculantes para todos los operadores jurídicos.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

## HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de hábeas corpus.
2. Declarar que los fundamentos jurídicos N.ºs 8, 11, 12, 13, 14, 17 y 18, son vinculantes para todos los operadores jurídicos.

SS.

GARCÍA TOMA  
GONZALES OJEDA  
ALVA ORLANDINI  
BARDELLI LARTIRIGOYEN  
LANDA ARROYO

Lo que certifico:

Sergio Ramos Llanos  
SECRETARIO RELATOR(e)

*[Firmas manuscritas de los miembros del Tribunal Constitucional y del Secretario Relator]*



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC

LIMA

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

### FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GONZALES OJEDA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas, si bien manifiesto mi acuerdo con la decisión expresada en el fallo, sin embargo, no lo estoy con algunos de los argumentos que allí se expresan.

1. En primer lugar, he de indicar que si bien existen casos anteriores en los que el Tribunal Constitucional ha expresado que los derechos fundamentales también vinculan en el ámbito del arbitraje, al ser componente esencial del llamado orden público constitucional, sin embargo, es la primera vez que este Tribunal se detiene en el análisis de los rasgos constitucionales que le son propios a la institución. Y se ha aproximado, según mi modesto entender, esclareciendo algunos aspectos que en la doctrina y jurisprudencia no estaban del todo claros, pero también en otros –por fortuna los menos–, sin esclarecerlos, sino, contribuyendo a prolongar un debate que, desde un punto de vista constitucional, no debería haberse planteado. Así sucede, por ejemplo, cuando se persiste en denominar a la institución como "jurisdicción arbitral" o como una "jurisdicción de carácter eminentemente privado" y, lo que a mi juicio es más grave, que se señale que los árbitros tienen la competencia de las competencias (Fundamentos 7, 8 y 11, respectivamente), o que el arbitraje, en sí mismo considerado, sea un derecho fundamental (fundamento N.º 20).
2. Por lo que hace al primer tema, he de indicar que la "Jurisdicción" es una potestad que originariamente corresponde al Pueblo como titular de la soberanía. En el Estado Constitucional de Derecho no hay jurisdicciones (en plural), sino una sola, como recuerda la primera parte del artículo 138º de la Constitución, al establecer que "La potestad de administrar justicia emana del pueblo (...)".

Como única potestad que es, dictada una Constitución, como acto de ejercicio pleno de la soberanía popular, el pueblo soberano, materializado en la decisión constituyente, encomienda su ejercicio al Estado. Éste, en el Estado legal de derecho, lo ejercía únicamente el Poder Judicial. En el Estado social y democrático de derecho, en cambio, el ejercicio de esa potestad se distribuye entre una serie de órganos constitucionales de carácter estatal (v.g Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Poder Judicial), para lo cual define los ámbitos objetivo-materiales de las competencias de cada uno de ellos.

Con ello se quiere decir, por un lado, que en el Estado social y democrático de derecho





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

no hay pluralidad de jurisdicciones y, de otro, que su ejercicio sólo está confiado a determinados órganos *estatales*. Mediante su ejercicio, se administra la justicia o, como modernamente se suele sostener, se presta el servicio público de tutela jurisdiccional, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo y de la libertad y de la dignidad humanas y, secundariamente, para la composición de los litigios, o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, o para investigar y sancionar los delitos e ilícitos de toda clase (o adoptar medidas de seguridad ante ellos), mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias.

Así, la función jurisdiccional resulta la expresión de un poder del Estado y esto no sólo es una declaración, sino una clara delimitación de sus alcances en el ámbito constitucional. Pero, asimismo, la jurisdicción estatal, precisamente por tratarse de un poder, es la única que ostenta la llamada *coertio*; es decir, una específica expresión del *ius imperium* mediante la cual sólo los jueces pueden realizar actos de ejecución, o sea, aquellos destinados al efectivo reconocimiento de un derecho.

Lo que significa que no hay ejercicio de jurisdicción privada o de "carácter eminentemente privado", como se afirma en el Fund. Jur. N°. 8 de la sentencia. Es bien cierto que, en diversos apartados, la Constitución ha garantizado formas e instituciones de composición de conflictos no estatales, como el arbitraje o aquella que prestan las comunidades campesinas. Y lo ha hecho señalando, por ejemplo, que "No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral" o que "Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas (...), pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (...)". Es decir, dando la sensación, a partir de una interpretación literal de los preceptos en los que se enuncian, que tanto el arbitraje como la composición de conflictos por las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas constituyen ejercicio de una cuota de la jurisdicción.

¿La composición de conflictos mediante dichos institutos o entes constituye un ejercicio de la jurisdicción? La respuesta, a mi juicio, como entiendo sucede en casi toda la doctrina nacional que se ha dedicado seriamente al tema, es que no. No sólo por lo que antes se ha dicho. (que la jurisdicción es única y ésta la ejercen los órganos estatales en nombre del Pueblo); sino, además, porque a la misma conclusión se puede arribar al comprender, en la unidad que representa la Constitución, que el vocablo "jurisdicción" utilizado por los artículos 139.1° y 149° de la Constitución, y también en otros de la misma Ley Fundamental, no tiene un significado unívoco.

En algunos casos, con la expresión "jurisdicción" el constituyente designa lo que en términos de derecho judicial es, una cuestión de competencia (v.g art. 2.24, "f"). En





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

otros, con la misma voz se alude al espacio territorial dentro del cual un órgano del Estado ejerce sus competencias (v.g art. 31 y 74); se declara la reserva de jurisdicción a favor del propio Estado (v.g art. 54), se dispone la posibilidad de exceptuar el conocimiento de determinadas materias a los órganos jurisdiccionales del Estado (art. 63) o se establece los límites a su ejercicio por parte de determinados funcionarios estatales, como los jueces (v.g art. 146).

No hay, pues, un único sentido o significado con el que se haya atribuido a la voz "jurisdicción". De modo que no siempre que se la utilice la Ley Fundamental hay que entenderla en el sentido de la potestad jurisdiccional a la que antes se ha hecho referencia.

Es en el sentido constitucionalmente polisémico del término "jurisdicción" en el que, a mi juicio, debe entenderse el artículo 139.1 de la Constitución. En definitiva, no en el sentido de que el arbitraje, como mecanismo de composición de controversias privadas, constituya una manifestación estatal de ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino como la garantía constitucional de un instituto –el arbitraje en sí mismo–. Por su virtud, pues, se garantiza y otorga validez a una forma compositiva de controversias, de carácter no estatal, en los temas previamente delimitados y limitados por la ley, entre las personas que libremente decidan resolver sus diferencias por medio de éste.

Entonces, puede decirse que el arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos y que su fundamento reposa en la voluntad de las partes, por medio de la cual éstas optan por renunciar a la tutela que brinda el Estado a través del Poder Judicial y se someten a este mecanismo esencialmente privado, en el que tienen la libertad de establecer el procedimiento que consideren más adecuado, dentro del respeto de determinados derechos fundamentales de orden procesal.

Por otro lado, si bien es cierto que el arbitraje resuelve el conflicto sometido a su conocimiento en una forma de *litis* y que declara derecho, no se puede afirmar que este acto o actos del arbitraje constituyan el factor que lo califican como función jurisdiccional, así se sostenga que dichos actos son jurídicos o tengan connotación jurídica. Además, sus decisiones no son necesariamente definitivas, ya que pueden ser recurridas ante el Poder Judicial en apelación o anulación, y los árbitros carecen de potestad coercitiva, es decir, no están en la capacidad de hacer cumplir sus decisiones cuando las partes se resisten a cumplirlas, en cuyo caso tienen que recurrir al Poder Judicial solicitando su intervención con el propósito de lograr la ejecución forzada de sus mandatos.

Sin duda, la forma del procedimiento del titular de la jurisdicción, el Poder Judicial, es totalmente diferente. Sus decisiones son firmes y en algunos casos causan





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

jurisprudencia, pero además los jueces tienen la capacidad de hacer cumplir sus decisiones e inclusive pueden usar la fuerza pública. En cambio, los laudos arbitrales tienen la característica de incidir en el ámbito declarativo de los derechos, mas nunca en el ejecutivo. Ello explica porque si una parte decide no cumplir con un laudo o con lo pactado en un procedimiento conciliatorio, la única salida que tiene el sujeto afectado con dicho incumplimiento es la vía judicial (precisamente actuando el título ejecutivo -laudo o acta conciliatoria-).

Igualmente, las decisiones expedidas por parte de la jurisdicción estatal tienen la posibilidad de adquirir inmutabilidad absoluta o autoridad de la cosa juzgada. Situación que no se verifica en otras zonas compositivas donde las decisiones pueden ser revisadas, con mayores o menores limitaciones, por la justicia estatal. En estos últimos supuestos se suele hablar de inmutabilidad relativa o preclusión. Pero, definitivamente, la jurisdicción estatal es la única que tiene la característica básica de la universalidad, en el sentido de que las otras técnicas compositivas han sido creadas únicamente para tipos específicos de controversias, mientras que la jurisdicción estatal protege de cualquier tipo de derecho, sin importar que esté o no previsto expresamente por ley.

3. Lo anterior es el presupuesto para señalar también mis diferencias en torno a la afirmación según la cual el arbitraje es un derecho fundamental (Fund. Jur. N.º 16). No hay un derecho fundamental al arbitraje. Al contrario, el derecho fundamental de toda persona, en el Estado social y democrático de Derecho, es la posibilidad de acudir libremente a la jurisdicción estatal o, en los términos que hemos empleado en nuestra jurisprudencia sobre el tema, acceder a un tribunal de justicia. En cambio, el arbitraje es un instituto que, en la medida que se ha previsto en la Constitución, ha quedado constitucionalmente garantizado, de modo que el legislador no puede disponer libremente de él, a no ser que la suprima mediante una reforma constitucional (lo que no se puede hacer con los derechos fundamentales, ni siquiera siguiéndose dicho procedimiento de revisión constitucional).

Salvo que con dicha afirmación se haya querido decir que una determinada controversia puede ser sustraída de su resolución de un órgano de la jurisdicción estatal mediante una decisión que comporta el ejercicio de un derecho fundamental; en cuyo caso estaría plenamente de acuerdo. Y es que cuando se decide libremente que la solución de una controversia se realice mediante el arbitraje, en los casos legalmente permitidos, ello comporta, por un lado, una renuncia al ejercicio del derecho de acceso a los tribunales, pero de otro, también el ejercicio de la libertad de acción.

4. Finalmente, quisiera expresar que, la generalidad con la que se ha planteado el tema en la sentencia puede suscitar alguna confusión. Allí se ha dicho que la realización del arbitraje ha de sujetarse al respeto de los derechos al debido proceso y a la tutela





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

jurisdiccional. Y ello es así puesto que, como se tiene dicho en la jurisprudencia de este Tribunal, no hay zona alguna del ordenamiento jurídico en la que los poderes públicos o los particulares puedan actuar desconociendo a la Constitución y su sistema material de valores representados por los derechos fundamentales.

El problema, sin embargo, radica en que dicha afirmación, en su generalidad, adolece de deficiencias e insuficiencias. La primera porque resulta claro que la decisión de someter una controversia a la solución de un arbitraje, comporta la renuncia a una serie de derechos fundamentales de carácter esencialmente procesal. Además del acceso a la justicia, que la presupone, también existe una renuncia al derecho al juez predeterminado por la ley o a la pluralidad de la instancia, por citar algunos casos. En otros casos, el contenido constitucionalmente protegido de alguno de los derechos de orden procesal tienen un alcance menor respecto si la controversia hubiese sido sometida a un tribunal de justicia de carácter estatal. Así sucede, por ejemplo, con el derecho al juez imparcial, puesto que en determinados casos, cada una de las partes elige a un árbitro, y estos, a su vez, a un presidente del Tribunal Arbitral. De modo que si en relación a este último puede predicarse la necesidad de su imparcialidad, no necesariamente sucede lo mismo con los árbitros nombrados por las partes.

Además, la afirmación genérica expresada en el Fund. Jur. N.º 20 de la sentencia peca de insuficiencia, pues resulta claro que no sólo los derechos de orden procesal vinculan en el arbitraje. Todos los derechos fundamentales vinculan a todos, de modo que incluso en las relaciones *inter privatos*, es deber de los individuos cuidar porque estos no resulten lesionados. En ese sentido, es bueno recordar que en abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional se destaca que los derechos fundamentales - todos y no sólo los de orden procesal - tienen como sujetos obligados a su respeto a los poderes públicos (eficacia vertical de los derechos), sino, además, a los propios particulares (eficacia horizontal de los derechos), entre los cuales se encuentra, como antes se ha dicho, la composición privada de conflictos mediante el arbitraje.

Con estas salvedades, que como indiqué en la introducción de este voto, no afectan al sentido de lo resuelto por la sentencia, es que la suscribo.

SR.  
GONZALES OJEDA

**Lo que certifico:**



Sergio Ramos Llanos  
SECRETARIO RELATOR(13)

Sergio Ramos Llanos  
SECRETARIO RELATOR(e)  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



523  
Cantuarias  
Salaverry

EXP. 6167-2005-PHC/TC

LIMA

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 30 de marzo de 2006

### VISTO

El escrito de fecha 13 de marzo de 2006, presentado por don Fernando Cantuarias Salaverry, mediante el cual solicita la aclaración de la sentencia de autos; y,

### ATENDIENDO A

1. Que, conforme lo dispone el artículo 121.º del Código Procesal Constitucional, contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno, sin perjuicio de lo cual este colegiado, "de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que se hubiese incurrido".
2. Que el recurrente solicita que el Tribunal aclare el fundamento 48, argumentando que una lectura literal del mismo se aparta de los criterios que han sido establecidos como vinculantes por este Colegiado. Aduce que el referido fundamento podría dar a entender que "la indebida (...) intervención del fuero penal en el arbitraje solo se daría en tanto y en cuanto se intentaran promover acciones penales respecto de pretensiones sometidas por las partes a arbitraje, y no cuando se hiciera lo mismo, pero respecto de las demás funciones que la Ley General de Arbitraje reconoce en los árbitros (...)".
3. Que, sobre el particular, debe señalarse que no existe, como afirma el recurrente, una supuesta contradicción entre los fundamentos vinculantes de la sentencia de autos y el fundamento 48, puesto que este tiene por finalidad dejar a salvo el derecho del recurrente para que lo haga valer en la vía ordinaria correspondiente. En efecto, atendiendo a las particularidades del caso concreto, este Colegiado advirtió que se podría estar pretendiendo trasladar a sede penal controversias que tienen carácter civil o comercial y que habían sido sometidas por las partes al ámbito de la jurisdicción arbitral. No obstante, ello deberá ser evaluado, en su oportunidad, por la autoridad judicial correspondiente sin que la advertencia formulada por este Colegiado implique, en modo alguno, que la autoridad judicial haya quedado exenta de evaluar el caso a la luz de los criterios vinculantes de la sentencia de autos: "(...) a efectos de no sesgar la autonomía e independencia con la que cuenta la jurisdicción arbitral en el ejercicio legítimo de sus atribuciones" (cf. fundamento 48).
4. Que, en el mismo sentido, el artículo VI *in fine* del Código Procesal Constitucional establece que "Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



2  
526  
Dumitru  
Vestru

según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

5. Que, por tanto, siendo totalmente claros los fundamentos vinculantes de la sentencia de autos, es innecesaria una aclaración.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

**RESUELVE**

Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de aclaración.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GARCÍA TOMA  
GONZALES OJEDA  
ALVA ORLANDINI  
BARDELLI LARTIRIGOYEN  
LANDA ARROYO

*[Firmas manuscritas de los miembros del Tribunal Constitucional]*

Lo que certifico:

*[Firma manuscrita]*  
Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra  
SECRETARIO RELATOR (e)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC

LIMA

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

17  
SC  
Dumf  
Unimut

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 23 de mayo de 2006

### VISTA

La solicitud de corrección de la sentencia de autos, su fecha 20 de marzo de 2006, presentada por don Rolando Alfonso Martel Chang; y,

### ATENDIENDO A

1. Que, conforme lo dispone el artículo 121º del Código Procesal Constitucional, contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno, sin perjuicio de lo cual este colegiado, "de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que se hubiese incurrido".
2. Que el actor manifiesta que se ha consignado erróneamente su cargo, pues en el punto número 2 de los antecedentes de la sentencia de autos se señala que se desempeña como "Procurador Público Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial", debiendo decir "Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio Público".
3. Que este Colegiado advierte que se ha incurrido en el error material involuntario indicado, por lo que procede su corrección.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

### RESUELVE

1. Declarar **FUNDADA** la solicitud de corrección.
2. **CORREGIR** el error material advertido en el punto número 2 de los antecedentes de la sentencia de autos, debiendo consignarse que el actor se desempeña como Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio Público.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GARCÍA TOMA  
GONZALES OJEDA  
ALVA ORLANDINI  
BARDELLI LARTIRIGOYEN  
LANDA ARROYO

*[Firma]*  
*[Firma]*  
*[Firma]*

Lo que certifico:

Miguel Figallo Rivadeneyra  
SECRETARIO RELATOR (e)